

RESPVESTA
POR
D. FRANCISCO PIO
DE SABOYA MOVRA Y CORTE-REAL,
Marquès de Caſtel-Rodrigo, de el Conſejo de ſu Mageſtad,
en el Real, y Supremo de Guerra, Succeſſor en la Caſa,
Eſtado, y Mayorazgo de Caſtel-Rodrigo.

AL MANIFIESTO
HECHO POR PARTE DE EL MARQVES DE
Priego, Duque de Medina-Celi, y Alcalà.

EN QVE RESPONDE
AL PRIMERAMENTE FORMADO POR PARTE
de el Marquès, en que pretendiò ſe confirmaſſe el auto de
V. S. en fecha de 6. de Noviembre de 1671. en lo favo-
rable, y ſe ſuplieſſe, y enmendaſſe en lo
perjudicial.

N. 1. OTRO RVMBO ESTABA EN ſeguir el Abogado de el Marquès, aviendo viſto la reſpueſta, que à el Manifieſto de los fundamentos, que en juſticia le aſsiſten, ha dado la parte de el Eſtado de Medina-Celi, la de que ſe pidiò en los Autos ſe dieſſe traslado, que con efecto ſe mandò dàr; ſiendo la razon, tener tan preſente, lo que dixo Oſſualdo *ad Donel. lib.22. Comment. cap. 8. lit. I.* que *quando in Conſiſtorio Principis lis agitatur, nulla iuris quæſtio tam ardua, quæ altioris indaginis cenſeatur, ob Senatorum ſpectatam iuris peritiam.*

2. Y el aver depueſto de eſte dictamen; fue lo vno: Porque no diſcurrieſſe la parte de el Eſtado, no avia reſpueſta à ſus dilatados fundamentos: Lo otro, la inſtancia de el Principe, ſobre que ſe reſponda, à que no pareciò juſto reſiſtir, diziendoſe con el *cap. in iuventute de Purgat. Canon. Compulſi fuimus, non iuris neceſsitate, ſed importunitate petentis*: Lo otro, por parecer ay algunos puntos, que aclarar, que la ſutileza, y literatura de los tres Abogados de el Eſtado han querido aplicar, y explicar en ſu favor.

3. Y previniendo el Marquès, ſea la reſpueſta conciſſa, ſin dexar punto ſubſtancial, que no ſe toque, avrè de proporcionarme: *Ne & numinis veſtri ſalutares actus oneret ſermo prolixior, & ſine argumento rerum loquacitas moroſa diſpliceat*; diſpendio que le deſeaba Symmaco à ſu Ceſar *lib. 10. epiſt. 51.*

4. Y ſupueſto que el Eſtado ſiguiò el miſmo methodo que el Marquès, en la diviſion de los quatro articulos, para con mayor claridad formar ſu reſpueſta, fuera alterar eſte orden, à no ſeguirſe el miſmo; para que de eſta forma los diſcurſos, y doctrinas tengan ſu lugar, y lo comuniquen tambien con mayor facilidad à la inteligencia.

RES-

RESPVESTA
AL PRIMERO ARTICVLO, SOBRE NO AVERSE SVBSTANCIADO LOS Autos sobre la graduacion con la parte de el Estado de Alcalà.

5. PRocurò el Marquès en el primer Articulo de su Manifiesto, desde el *num.* 15. al 18. hazer presente, que en tanto obstaba la executoria de graduacion à el Estado, en quanro con su citacion se avia substanciado; punto què, como preliminar, debiò justificar, y comprobar, como lo hizo, por tres medios: El primero, que aunque el Estado fuesse fiador de contracto, substanciandose con el principal, le perjudicaba là determinacion, por quanto su obligacion fue en instrumento publico con clausula guarentigia, de calidad, que aunque no se le huviesse citado, *non erat res inter alios acta*: El segundo, que bastò la noticia, que el Duque, como Acreedor, que saliò al pleyto, tuvo de la pretension de la Duquesa, y de los antecessores de el Marquès, para que no se eche menos la citacion, aunque el Estado fuesse vn tercero: Y el vltimo, aver salido el immediato successor, alegando de su justicia antes de la executoria de graduacion, sin que en todo el Memorial de el pleyto se halle otra alegacion por el Estado, que el dè que fue nula la cõparecencia, por no aver sido citado, y tambien porque no huvo poder.

6. Lo que à esto se responde, no convence; porque el que la cosa juzgada no obste à aquel, con quien no se litigò, es verdad tan notoria, que aunque se procura probar al *num.* 19 de su respuesta, con la ley *Cum quæritur cum seqq. ff. de excep. rei iud.* con el *cap. fin. de except.* y con los lugares de el señor Salgado *de supplic. ad SSmum.* 1. *part. cap.* 12. *n.* 18. *& Labyrint.* 2. *part. cap.* 22. *ex n.* 128. es vn principio tan elemental, que se pudiera aver comprobado con Giurb. *Decis.* 20. D. Castill. *Controv. lib.* 5. *cap.* 104. *n.* 25. Fontanel. *Decis.* 126. *n.* 5. *& Decis.* 563. *n.* 10. Fermosin. *in cap. fin. de causa possess. quæst. vnic. & in cap. in litteris. de restitution. spoliat. quæst.*

quæst. 1. *n.* 31. y con los muchos, que recopilò Manuel Alvarez Pegas *Resolut. forens. cap.* 4. *n.* 76. *&* 78. y de cuya verdad nunca se ha dudado, negandose siempre, y probandose (que es lo principal) no averse substanciado con el Estado.

7. Tampoco se niega en el concepto, en que và el Marquès, lo que al *num.*21 de el Manifiesto contrario se procura probar con muchos textos, y autoridades, cuya certeza *nil ad rem*, en orden, à que en el Duque successor se hallaban dos personalidades: De acreedor por el derecho de succesion à el Estado de Alcalà contra los bienes libres de el Duque Don Fernando, la vna: Y la otra, como posseedor de el Estado, para defenderle de las pretensiones de la Duquesa, y antecessores de el Marquès; porque si esto concluyera precisamente, en que por aver vsado de la primera formalidad, y no de la segunda, *vtpote res inter alios acta*, no le obstaba la executoria, tenia lo bastante el Estado; y como no se halla comprobado, no se le puede escusar al Marques, diga, que semejante respuesta *nihil ineptiùs.*

8. Para prueba de esto, y aceptandose, lo que al *num.* 49. de su Manifiesto, dixo, en orden à que los lugares, y doctrinas, que se traxeron por el Marquès, eran ciertas; se le pregunta al Estado: Es constante, que el Duque saliò baxo de la formalidad de Acreedor? Y responderà, que esto es cierto, y que no ha alegado otra cosa. Es evidente, que saliendo baxo de esta sola formalidad, tuvo ciencia de el pleyto, que por la Duquesa, y antecessores de el Marquès estaba deducido? Tampoco se puede con verdad negar. Pues si estas premissas se confiessan; *& in individuis scientia vnius alijs præiudicat*, como se fundaba al *num.* 24. de el Manifiesto de el Marquès; y las doctrinas son ciertas; y à ellas nada se responde: por consequencia precisa debe confessar, que aunque la personalidad de posseedor, ò successor en el Estado, fuesse separada de la de Acreedor; por aver vsado de esta, le perjudica à la otra: porque si son separadas, *quoad exercitium*, son vnidas, para que vsandose solo de la vna, le perjudique à ambas, mediante que la ciencia

en el Duque, como vnica perſona, en quien eſtà la ciencia, y no en las perſonalidades, como formalidades, fue individua.

9. Las doctrinas, que ſe traen por el Eſtado; y tambien los textos, que todos los refiere el ſeñor Salgado en los dichos dos lugares 1. *part. de ſupplic. cap.* 12. y 2. *part. cap.* 15. y los demàs, vàn hablando en el ſupueſto, de que concurran dos perſonalidades realmente diſtinctas, y que vſandoſe de la vna, que ſe perdiò por executoria; no obſte eſta, para intentarſe la otra perſonalidad, como ſeparada: cuyas doctrinas, aſsi como ſe dezia, ſon ciertas; pero es muy diſtincto, que las perſonalidades ſean diverſas; ò que lo ſea la ciencia, que el Duque ſucceſſor tuvo, de la pretenſion de la Duqueſa; aunque ſe confeſſaſſe (que no ſe confieſſa) aver explicadoſe ſolo con la formalidad de Acreedor; *& infra dicetur.*

10. Por la demanda de la Duqueſa, ſegun conſta de el Memorial, *num.* 16. pidiò ſu dote contra los bienes libres de el Duque ſu marido; y ſegun parece al *num.* 31. quando recurriò à la Villa, y Corte de Madrid, ante el Alcalde Don Enrique de Salinas, el año de 642. pidiendo execucion por 50ҵ. ducados, dirigiò los procedimientos contra el Eſtado, y el Duque ſucceſſor apelò al Real, y Supremo Conſejo de Caſtilla, pretendiendo, ſe remitieſſen aquellos autos à eſtos de acreedores, que con efecto ſe mandò, y que la Duqueſa Doña Beatriz acudieſſe à pedir, ſe le pagaſſe ſu dote, ſin perjuizio de la via executiva, y derechos, que las partes tuvieſſen en via executiva, ù ordinaria.

11. Segun cuyo contexto, que fue bien al principio de el pleyto, pues avian paſſado ſiete años, poco mas, ò menos, de la muerte de el Duque, la Duqueſa avia manifeſtado ſu accion contra los bienes libres, y tambien contra los de el Eſtado; y tocando con eſto las dos formalidades, que reſidian en el Duque ſucceſſor, el pleyto ſe ſufriò baxo de el preciſo concepto de ambas: con que, aunque ſegun el ſeñor Salgado, y los demàs Autores, que ſe citan por el Eſtado al *num.* 42. de ſu Manifieſto, pueda el acreedor oponer qualeſquiera excepciones, y aun valerſe de las

miſ-

mismas defensas, que el reo convenido pudiera intentar, aun sin necessitar de cession suya; si el Duque successor quiso valerse de la personalidad de Acreedor, no puede quitar, que la accion de la Duquesa tocasse tambien la personalidad de deudor, que residia en el Duque, como successor de el Estado.

12. Y si este no quiso responderla, le obstan tambien claras disposiciones de derecho, *ex text. in leg. 1. §. scientiam ff. de tributor.* ibi: *Sed ego puto non voluntatem, sed patientiam*; & ibi: *Si igitur scit, & non protestatur, & non contradicit, tenebitur.* Mas expresso texto *in cap. fin. de iure iurand. in 6.* ibi: *Te expressè mandante, vel etiam ex postfacto sciente, seu ratum habente, seu non revocante, vt in ijs, in quibus est libera voluntas; paria sunt scire, & tacere, vel expressè consentire.* Con quien concuerda la ley *fin. ff. quod cum eo*, y la ley 2. §. *voluntatem ff. de solut. matrim.* ibi: *Filiam, nisi evidenter contradicat, videtur consentire patri*; con los demàs textos comunes, con que exorna este punto Garcia *de Nobilit. glos. 4. à num. 19. ad 21.*

13. Los lugares de el señor Salgado *de supplic. ad SSmum.* citados de contrario, y especialmente en la *primera part. cap. 12. n. 16.* vàn hablando en terminos, de que intentado el pleyto contra Administrador de Iglesia, posseedor de Mayorazgo, y otros de esta especie, y vencidos, que pueden, no obstante la executoria, deducir nueva pretension por la personalidad propria; pero el señor Salgado, ni alguno de los que se han visto, dizen, que intentada la demanda contra el Administrador, ò Posseedor de el Mayorazgo, como tales, y como personas particulares, respondiendo por la primera personalidad, no les obste para la segunda; mediante que el consentimiento, aprobacion, ò defensa, cayò sobre ambas; lo mismo que practicò la Duquesa.

14. Y si para probarse la ciencia, en orden, à que el Estado fue convenido, bastaba solo, que el Duque successor huviesse salido al pleyto, aunque fuesse baxo de la formalidad de Acreedor, ò Administrador sequestrario, y se tuviesse por probada la ciencia; con mucha mas razon, quando le constò claramente, que la pretension de la Du-

quesa

quesa se dirigia tambien contra bienes de el Estado; pues preguntado Ancharrano en el *consejo* 170. si porque los tutores testamentarios comenzaron à administrar, como tales, por esto se presumia, supieron, como legatarios, que tambien eran, lo que contenia el testamento; respondiò al *n.* 5. afirmativamente, & vt testis contexta Menoch. *de Præsumpt. lib. 6. præsumpt.* 23. *n.* 62. ibi: *Præsumi legatarios scivisse disposita in testamento, quod ipsi, tamquam tutores testamentarij cœperunt administrare.*

15. Sirvele de gran reparo al Marquès, que el Estado, para acomodar las doctrinas, que refiere en su Manifiesto al dicho *num.* 21. afirme al *num.* 22. que nunca manifestò el Duque representacion por el Estado de Alcalà: Y si nunca la manifestò; con què personalidad apelò de el auto de el Alcalde de Casa, y Corte al Real, y Supremo Consejo de Castilla, quando por la Duquesa se pidiò la execucion contra bienes de el Estado? Dirà, que fue con la de Acreedor à bienes libres de el Duque Don Fernando? No puede ser; porque su credito solo era contra ellos, y no contra los de el Estado. Con que precisamente se ha de confessar, que en este acto manifestò la personalidad de posseedor, con la qual apelò, y pretendiò se remitiessen los autos al concurso: siendo esto tan antes de la executoria de graduacion, que esta se obtuvo el año de 52. y quando se mandaron remitir los autos, fue el de 42. con que la ciencia no fue presumpta, sino evidente; y por consiguiente, que, ò por ciencia presumpta, como fundabamos en el primero Manifiesto, ò por ciencia evidente, como lo và en este, le obstaba la executoria al Estado.

16. Y aunque ha replicado, siguiendo otro medio, que es el segundo, que se fundò por el Marquès en el primero Manifiesto, que todas las doctrinas, que alli se traxeron, son ciertas; pero que vàn hablando en la diferencia, que ay, entre fiador de contracto *simpliciter*, al de juizio, que son nada adaptables al caso de este pleyto, en que el Estado fue solo vn fiador de indemnidad, à diferencia de el de contracto *simpliciter*; y que siendo tal fiador condicional, ò subsidiario, *quandocumque potest opponere creditori, exceptionem excus-*

excussionis, tam post litem contestatam, quàm post sententiam, & in eius executionem, lo que en el fiador de contracto *simpliciter* ha de ser *ante litis contestationem*, comprobandolo con el señor Salgado 1. *part. Labyr. cap.* 23. *n.* 83. Azeved. *consil.* 35. y Gutier. *de iuram. confirm.* 1. *part. cap.* 23. *n.* 22.

17. A toda esta instancia se responde: Que en substancia se reduce el Estado, à explicar las diferencias, que ay, de fiadores; pero para el caso, de que à el Estado, como fiador condicional, ò subsidiario, no le obste la executoria, litigada contra bienes de el Duque, aunque no huviesse sido citado el Estado; nada prueban los lugares, que se traen, y menos el de el señor Salgado, cuyas palabras, que se ponen à la letra, no dizen otra cosa, sino que el fiador de indemnidad, condicional, ò *in subsidium*, despues de vencido el principal, si se quiere proceder, sin averlo excutido bastantemente, contra el fiador; à este le compete la excepcion, de que haga primero exacta excusion contra bienes de el principal; empero no dize, que por ser fiador condicional, ò subsidiario, no le obste la executoria, que se litigò con el principal; pues la excepcion es solo, no contra ella, sino quando se tratare de executar. Y como quiera que el punto està, en que la executoria le obsta, se viene à parar, en que à este medio no se responde, ni la instancia es de el caso, sirviendo solo, para quando llegue, el de si està hecha, ò no bastante excusion en los bienes libres de el Duque Don Fernando, que como lugar proprio se responderà.

18. Y para que se conozca la certeza de esta solucion, y evidencia, de lo que *primis nostris curis dicebamus*; siendo cierto, como por tal lo supone Ayllon *ad Gom. tom.* 2. *var. cap.* 13. glossando el *num.* 2. no aver mas de dos generos de fiadores, à efecto de que la sentencia litigada con solo el principal, perjudique, ò no, siendo estos fiadores de contracto, y de juizio, *vt videre est* en todos los Autores, que cita; si el fin de la inteligencia, que en su respuesta dà el Estado, se dirige, à que al fiador de indemnidad no le perjudique la sentencia *lata cum principali*; porque hasta que lleguen à excutirse los bienes de este, *actio nata non est*, por el fundamento de el señor Salgado, que quiere traer à su fa-

vor;

vor; es sentido este tan violento, que se opone immediatamente à la disposicion de Derecho; pues bien entendido el señor Salgado, dize, que la accion no es nacida contra el fiador de indemnidad, ò condicional, *quoad exercitium*, sino *quoad substantiam*; pues desde luego que el deudor principal fue interpelado, ò muerto, desde entonces nació la accion contra el fiador de indemnidad, ò subsidiario, aunque en virtud de ella no se le pueda executar, hasta estàr bastantemente excutidos los bienes de èl, por quien fiò.

19. Ni pudiera dezir menos, mediante la resolucion de el Consulto Juliano *in leg. fideiussor obligari* 17. §. *fin. ff. de fideiuss.* cuius verba: *Cum fideiussor hoc modo acceptus esset, si reus quadraginta, quæ ei credidit, fide tua esse iubes, verisimile est; id esse actum, vt cum interpellatus reus non solvisset, fideiussor teneretur: sed & si reus, antequam interpellaretur, decessisset, fideiussor obligatus erit, qua si hoc quoque casu verum esset, reum non solvisse.*

20. Este texto es tan comun, que para los terminos de fiador de indemnidad, ò condicional lo trae Gomez *tom.* 2. *var. cap.* 13. *n.* 2. versic. *Quæro tamen*, donde no dexa la menor razon de dudar; tocando assimismo el punto de excussion, ibi: *Vnum tamen est, quod hodie bene requireretur excussio in bonis principalis debitoris, vltra interpellationem, vel moram.* De calidad, que hecha la excussion, queda la obligacion, como si desde luego huviera sido pura: *Nec de ea re est dubitandum, cum hæc fideiussio conditionalis intelligatur, adveniente conditione, & non plus iuris, momentique adipisci debet, quàm si pura, puta absque vlla conditione proponeretur concepta*: addiciona à Gomez en este lugar Manual Soarez à Ribeyra, su comentador.

21. Lo particular de el señor Salgado està, que en otro qualquier fiador, que no sea de indemnidad, ò condicional, la sentencia pronunciada contra el principal, llegado el caso de el recurso, le competirà à este fiador la excepcion dilatoria, que deberà oponer *ante litis contestationem*, lo que en el fiador de indemnidad, ò condicional es al contrario, que *ante, vel post litis contestationem, & in exequutionem sententiæ*, como si fuera anomala esta excepcion, la puede opo-

ner;

ner; y por esso dize el señor Salgado al *num.* 38. *Ab hac regula excipitur fideiussor indemnitatis, &c.* para dàr à entender, que este es privilegio de el fiador de indemnidad; y si tuviera el de que la sentencia no le perjudicasse, lo expressara: punto que no tocò, porque no pudiera fundarlo, hablando solo de la excussion, como tambien hablò despues *en la 2. part. Labyr. cap.* 5. præcipuè *à num.* 17. cuyo lugar se añade à los que se traen por el Estado, y aun es mas proprio, por hablar de bienes de Mayorazgo, obligados à creditos, y que no pueden ser convenidos, hasta estàr hecha excussion en los bienes libres.

22. A vista de lo que por parte de el Marquès, desde el *num.* 21. de su Manifiesto alegò, en punto de aver salido à el pleyto el successor en el Estado, y con cuya comparencia qualquier reparo, que en la substanciacion pudiesse aver, quedaba resanado, y abundantes doctrinas, que por puntuales se traxeron; y asseguraron con el poder, que por mandado de V. S. sin embargo de la contradiccion de el Estado, se puso en los autos, por donde constò, que si su otorgamiento fue el año de 645. la primera sentencia de V. S. fue el de 650. se viene el Estado, como queriendo hazer cargo, aunque no de las doctrinas, porque las conoce terminantes, pues ni aun las menciona, procurando, sin embargo, responder aun à lo mismo, que conoce es incapaz de respuesta, mediante que à averla, fuera de otra forma, que la que contiene su Manifiesto desde el *num.*40.

23. Dividela en tres medios: El primero, porque aunque estuviesse otorgado el poder por el Duque, como padre, y legitimo administrador de su hijo, al Licenciado Don Juan de Sandoval, Agente mayor, y Tesorero de los bienes, y rentas de el Estado, no constaba de tal poder, ni que se huviesse puesto en los autos en todo el tiempo de la substanciacion, y determinacion de el concurso.

24. Y à la verdad, al Marquès no le haze fuerza, ni aun debe hazerla; porque de esto mismo està hecho cargo en su Manifiesto à los *num.* 26. y 27. con las doctrinas, de que pudo el Estado hazer reflexion, y de sus respuestas aver fundado su instancia; porquè si està consiste, en que no

cons-

constò de el poder, ni que se presentò en el pleyto en todo el tiempo de la substanciacion sobre graduacion, para que hiziera fuerza, era necessario manifestasse no aprovechaba el poder.

25. Y como esto no lo pudo hazer, lo dexò en alegacion, passandose à segundo medio, en orden à que el poder fue dado para fin distincto; y lo cierto es deberse estàr al contenido de el que se vè en el pleyto, que fue para administrar los bienes, y general para pleytos: olvidandose, que en virtud de este poder se saliò mostrando parte el hijo de el Duque, alegando contra la Duquesa Doña Beatriz, inclinandola, à que siguiesse contra bienes libres de el Duque Don Fernando, y no contra los de el Estado; y teniendo el Marquès à su favor, que el hijo de el Duque explicò el fin, para que se avia dado el poder, es interpretacion mas que violenta, quererlo aplicar à otro muy distincto, sin dezir qual sea, y como si esto bastasse.

26. No teniendo por suficientes estos dos medios, que de hecho lo son, pues no tienen fundamento en hecho, ni comprobacion en Derecho, recurre al vltimo, de que el Marquès alegò, no ser parte el Procurador Balthasar de Rivera (en quien dixo estaba substituido el poder) alegando, no tener obligacion à responder, à lo que en nombre de el immediato venia expressando: ponderandose aora, no debe estàr en arbytrio de el Marquès, querer tener vnas vezes por parte formal al Duque, para lo que le tiene quenta, y otras, que no fuesse parte para reconvenirle; y todo esto à fin de proporcionar los textos, que trae al *num.* 41.

27. Y ciertamente los mejores, para responder à este vltimo medio, son los autos, en los quales al *num.* 22. de el Memorial se halla, que quando saliò el Duque, successor de Don Fernando, como marido de Doña Luisa Enriquez, fue su Procurador Juan Garcia Ronquillo, que lo fue de esta Real Audiencia, quien deduxo las pretensiones, que como Acreedor, le pertenecian al Duque. Y al *num.* 41. fue quando este sale, como padre, y legitimo Administrador de su hijo, reproduciendo por este todo, lo que como Acreedor tenia alegado contra la Duquesa, y el Marquès, quienes aunque

que respondieron ; nada dixeron contra el poder, en virtud de que avia salido el hijo de el Duque à los autos, que ya estaban conclusos, cayendo la sentencia de vista de graduacion; y tambien la de revista, sin aver avido excepcion sobre el defecto de poder.

28. Trata el Marquès de cobrar, lo que le pertenece, y pide se le notifique à el Administrador de el Estado, le señalasse bienes libres de el Duque Don Fernando, en que aver la execucion, segun consta al *num.* 48. y el auto, que se proveyò à esta peticion, segun consta al *num.* 49. se le notifica al dicho Balthasar de Rivera, como Procurador de el Estado; y segun parece, al *num.* 53. salen Don Joseph de Nestares, y el Balthasar de Rivera, pretendiendo ambos, que mediante no tener poder de el Estado, ni les debia parar perjuizio la notificacion de el traslado, ni tenian obligacion à responder, y por V. S. se declarò por executoria de el año de 654. estàr bien hecha la notificacion: con que ya tenemos, que el mismo Baltasar de Rivera dixo en los autos, despues de la executoria de graduacion, no ser Procurador de el Estado.

29. Y sin embargo, aviendo sin perjuizio de el derecho del Estado señalado diferentes bienes, con los que pretendiò se declarasse, aver cumplido, à que respondiò el Marquès; aviendo puesto este cierta demanda, de que se le mandò dàr traslado, y notificò al Don Joseph de Nestares, bolviò à dezir, no era Thesorero; y el Balthasar de Rivera (como Procurador de dicho Estado, segun consta al *num.* 26. de el Memorial) formò articulo de no tener obligacion à responder, alegando en forma; y entonces fue, quando el Marquès, por vn Otrosi, opuso la dilatoria, de no tener obligacion à responder, por quanto dicho Balthasar de Rivera no legitimaba su persona, ni presentaba poder; siendo esta la vnica vez, que en el Memorial se halla opuesta esta excepcion, siendo quien diò fundamento à ella, el mismo Balthasar de Rivera.

30. Este hecho, que es evidente de los autos, manifiesta, que antes de la executoria no se opuso tal excepcion, sino despues de ella, quando el Marquès estaba procurando excutir los bienes libres de el Duque Don Fernando, para proceder contra los de el Estado, sus obligados, en defecto de

los primeros. Y ſiendo el animo de el Marquès, manifeſtar por todos medios ſu juſticia, ſe haze preciſo lo execute, haziendoſe cargo de eſta vltima inſtancia en los preciſos terminos de Derecho.

31. Mueve el ſeñor Olea *de ceſſ. tit. 6. quæſt. 9.* la queſtion: Si el Ceſſonario, que tenia en realidad la ceſsion, no la manifeſtare en los autos, ſerà nula; y diſtinguiendo, que quando el Ceſſonario litiga en ſu nombre, exerciendo las acciones vtiles, es cierto en Derecho, que la ſentencia es valida; pero que ſi el Ceſſonario, como Procurador *in rem propriam*, litigaſſe en nombre de el cedente, ſi antes de la conteſtacion de la demanda, ò deſpues de ella en qualquier eſtado, que eſtuvieſſe el pleyto, ſe le opuſieſſe la excepcion, de que no es Ceſſonario, parecia era nula la ſentencia, mediante que la que ſe pronunciare con el Procurador, que en realidad tenia poder, el que no manifeſtò en los autos, es nula, ſi ſe opuſo la excepcion de defecto de poder. Con cuya opinion pudiera dezirſe, que aunque huvieſſe poder el año de 45. quando ſaliò el hijo de el Duque, no aviendoſe eſte exhibido, y opueſtoſe el defecto antes de ſu exhibicion, era nulo lo actuado, y por conſiguiente, que la executoria de graduacion no debia perjudicar.

32. Eſcuſariaſe por el Eſtado eſta alegacion, por tener preſente ſus Abogados, que en el *num.* 27. de la miſma *queſtion 9.* proſigue el ſeñor Olea, diziendo, que ſi al Ceſſonario, que exercita las acciones directas, no ſe opuſo la excepcion, de que no era tal Ceſſonario, teniendo en realidad la ceſsion, la ſentencia es valida; empero al miſmo tiempo, citando diferentes Autores, concluye, ibi: *Qui ampliant, licèt procuratori fuiſſet oppoſita exceptio defectus mandati, ſi poſtea in progreſſu cauſæ eadem exceptio non fuit repetita.*

33. Mas en terminos eſtà el ſeñor Salgado *de Regia Protect. 4. part. cap. 7. n. 129.* pues previene, que para que los autos ſean nulos, opueſta la excepcion de defecto de poder, es preciſo, que el que la opuſo, conſtantemente la repita, y proteſte en todos los actos, que executare en el pleyto. Con que ſi el defecto vna vez ſe opuſo, y eſto por el motivo, que diò el dicho Balthaſar de Rivera; y quando ſe opu-

ſo,

ſo, fue deſpues de la executoria; y quando en virtud de ella ſe trataba de cobrar, y en los actos ſubſequentes no ſe repitiò, *neſcio quo Marte,* ſe quiera apreciar tanto eſta inſtancia; quando en rigor de Derecho, lo que pudiera dezirſe nulo (y no ſe confieſſa) es lo actuado deſpues de la proteſta, pero no lo executado antes, y eſto no abſolutamente, ſino en ſus caſos, *vt videre eſt per AA. de hac re diſceptantes.*

34. Eſtaba concluſa la reſpueſta à eſte primero articulo, à no hallar preciſo, reſponder à vna alegacion, que dos vezes ſe repite por el Eſtado: La primera, en el *num.* 38. en orden, à que no aviendo pedido la Duqueſa, ni el anteceſſor de el Marquès contra los bienes de el Duque Don Fernando, y en ſu defecto, contra los de el Eſtado, no pudo comprehenderlo la executoria: Y la ſegunda, en el *num.* 43. en que ſe refiere, que las pretenſiones de la Duqueſa, y anteceſſor de el Marquès, ſegun conſta de los autos, no ſe reduxeron à mas, que à de que de los bienes concurſados de el Duque Don Fernando ſe les hizieſſe pago de ſus creditos con prelacion, limitando ſolo à eſto ſus pretenſiones, que no pudieran entonces eſtenderlas à mas; para concluir en los dos axiomas, el vno, que *ſententia debet eſſe conformis libello*, el que con muchas autoridades prueba el Eſtado al dicho *n.* 38. y el otro, que *limitata cauſa, limitatum producit effectum*, que tambien prueba al referido *num.* 43.

35. Y el Marquès, haziendoſe cargo, de que ſu defenſa no eſtà en la regla general, ſino en las limitaciones, que es la mejor defenſa, pues con ellas ſe habla en los terminos preciſos de el hecho, que ſe diſputa, no teniendola las autoridades de la regla, perſuade, no deberla aver en las limitaciones; pues las mas, ſino es, que ſe diga todas, eſtàn à ſu favor.

36. Aunque en las demandas expreſſamente no ſe dixeſſe, que en defecto de bienes libres, fueſſen condenados los de el Eſtado, como obligados *in ſubſidium*, baſta que en los autos conſtaſſe ya, que la Duqueſa avia introducido eſta pretenſion, y de hecho fue aſsi, por el recurſo en la Corte, de que conſta al *num.* 31. de el Memorial, y apelacion, que interpuſo el Duque al Real, y Supremo Conſejo de Caſtilla,

de

de que dimanò remitir aquellos autos al concurſo; y ſi en ellos era ya convenido el Eſtado por la obligacion ſubſidiaria, y por eſto le conſtaba de el pleyto, è intencion de la Duqueſa; eſto baſta, para que la ſentencia, *quamvis non conformis libello*, ſea valida, y obſte.

37. La razon la diò Scacia *de ſentent. & re iudic. gloſſ.* 4. *quæſt.* 16. *n.* 27. ibi: *Quia nullus eſt melior libellus, quàm contentio ipſa, quam partes habent in proſecutione cauſæ*, dexando antes dicho *num.* 23. por octava limitacion de la regla general, que ſe trae por el Eſtado: *Vt etiam in cauſis ordinarijs poſſit ferri ſententia ex probatis, ETIAM NON CONFORMIS LIBELLO, quia iudex poteſt ex officio ſuo ſupplere ad vtilitatem partis in his, quæ ſibi conſtant ex actis, quia quod conſtat ex actis iudicij, eſt notorium iuris, & in omni notorio, iudex procedit ordine non ſervato, & ſupplet de facto, & libellus, vel non eſt neceſſarius, vel ſuppletur ex actis*; y và proſiguiendo, ſin dexar duda en lo cierto de eſta limitacion.

38. Y haziendoſe cargo Julio Capon. de eſta regla general, que ſe trae por el Eſtado, ſigue la miſma opinion que Scacia, en la *Diſcept.* 7. deſde el *num.* 10. juntando todos los textos, que comprueban eſta limitacion, trayendo al *num.* 14. el caſo decidido, que refiere Afflictis en la *Deciſ.* 32. de el que pidiò à otro, le pagaſſe cierta porcion de dinero, y aunque no confeſsò, tener en ſu poder en prendas ciertos generos, cayò la ſentencia, mandandole pagar; y porque conſtò de el empeño, fue condenado à la reſtitucion de las prendas. Con que no puede correr la regla general, conſtando, como conſtò en el pleyto, de la intencion de la Duqueſa; que aun por eſto el ſucceſſor en el Eſtado alegò, que en caſo de no eſtàr la Duqueſa pagada enteramente, ſe declaraſſe eſtàrlo de la parte de dote de bienes libres, à cuya paga eſtaba obligada, en defecto de ellos, el Eſtado, y conſta expreſſamente al *num.* 41. de el Memorial; comprobat abundantiſsimè Menoch. *de Arbytr. lib.* 1. *quæſt.* 31. *per tot.*

39. Fuera de que conſtando, como conſtaba, en el el pleyto de la obligacion ſubſidiaria de el Eſtado, y que en fuerza de ella, *& iure actionis* podia, y debia ſer convenido,

co-

como fiador ſubſidiario; la clauſula regular, y comun, con que concluyen los pedimentos, diziendo: *Pido juſticia, hago el pedimento, que mas convenga, &c.* tiene tal eficacia, que aunque no ſe huvieſſe pedido *formaliter* contra el Eſtado por la obligacion ſubſidiaria, ſe entendia convenido; como en terminos de frutos, y tocando eſta clauſula Giurb. *Deciſ.* 65. dize à los *num.* 14. y 15. que quando los frutos *veniunt acceſſoriè*, y ſe pueden pedir *iure actionis*, por la referida clauſula ſe entienden pedidos; y aſsi concluye Capon. *dict. Diſcept.* 7. *num. vlt. Quod Iudex appellationis Delegatus, poteſt pronunciare ſuper illis, quæ licèt formaliter non fuerint petita in prima iudicio, tamen petita ſunt virtualiter*; y que el Juez *ex officio* pueda condenar, *quamvis à parte non petatur*, en virtud de dicha clauſula, lo fundò Azeved. *in proœm. leg.* 2. *lib.* 4. *Recop. n.* 12.

40. Mas: En terminos, de que la accion, ò demanda no ſe huviera pedido *in ſubſidium* contra el Eſtado; por el miſmo hecho, que eſte, expreſſamente en ſu replica, tocò el punto de la obligacion ſubſidiaria, como de hecho la tocò, y conſta al referido *num.* 41. de el Memorial, la ſentencia, en que en defecto de bienes libres de el Duque Don Fernando, condenò à los frutos, y rentas de el Eſtado, fue *conformis libello*, y por conſiguiente juſta.

41. La prueba es terminante, y la dà Innocencio III. *in cap. conſtitutus* 6. *de relig. domib.* en cuya eſpecie, ſi el actor, que era vn Obiſpo, pretendia ſe le pagaſſe el derecho Epiſcopal; y el reo, que era vn Monaſterio, ſe defendia, con que eſtaba libre, porque la conceſsion de ſu Igleſia avia ſido con libertad de ſemejante derecho Epiſcopal, y ſolo con cierta penſion, la que el Obiſpo alegaba, con tener vicio de ſimonìa; reſuelve el Papa, ibi: *Auditis propoſitis, œconomum Monaſterij veſtri, œconomo eiuſdem Epiſcopi Eccleſiæ nomine in ſolutionem penſionis prædictæ, iuxta ratam, quæ contingit Eccleſiam prædictam, & reſtitutionem ſubtractæ à quadraginta annis, ſecundùm ratam eandem, per definitivam ſententiam condemnamus.* De calidad, que por ſolo la defenſa de el Monaſterio reo convenido, fue condenado à la paga de la penſion, aun contradiziendolo el Obiſpo, ſin deferirſe al derecho Epiſcopal, en que avia conſiſtido la pretenſion de eſte; cuyo texto *exornant præcitati AA.*

 Aun

42. Aun mas: Demos caso, que todas las limitaciones, que se han dado, à la regla general, que por el Estado se trae, no precedieran, y que nos halláramos en los terminos, de que la Duquesa, ni el antecessor de el Marquès tal pretension deduxeron; aun en este caso, por lo que consta de el pleyto, la regla general no corria, sino la sentencia; sin embargo de dezirse confiadamente por el Estado *dict. num.* 38. no pudo averlo comprehendido.

43. Diferentes vezes se ha repetido el *num.* 41. de el Memorial, en que el Duque, como padre, y legitimo administrador de su hijo, saliò dando pedimento; y què pretendiò? Lo que pretendiò fue: *Se declarasse estàr pagada la Duquesa Doña Beatriz enteramente de su dote*; & infra: *Y en caso de que no lo estè enteramente, se declare, estàrlo de la parte de dote de los bienes libres, à cuya paga està obligado, en defecto de ellos, el Estado de Alcalà.* Y en substancia, y segun las vozes de el Memorial, esta es vna demanda, y pretension en forma, que el Estado deduxo contra la Duquesa, y el Marquès, quienes la contestaron, y consta al *num.* 42. de el Memorial, y en vista de todo cayò la executoria: en cuyos terminos, *nil extra rem*, que el dezirse no fue arreglada, pues contemplandose como demanda la de el Estado, la que la Duquesa, y el antecessor de el Marquès contestaron, la resolviò la executoria, sin que el Estado tenga justo motivo para quexarse.

44. Y para que esta verdad se conozca, es preciso recurrir à la question, que mueven los Autores, que vno de ellos es Scacia *de sent. & re iudic. glos.* 14. *quæst.* 2. donde desde el *num.* 27. trata de las excepciones, que fueron despreciadas por la sentencia, aviendose tomado bastante conocimiento de ellas en juizio ordinario, si se podràn bolver à tocar en la execucion de tal sentencia; y explicando este punto por diferentes inspecciones, llega à la tercera en el *num.* 31. donde dize: *Tertia inspectio est, quando exceptio reiecta est ex illis, quæ non stant per se, sed solùm concernunt principales actiones, qualis est exceptio pacti de non petendo solutionis, & similes: & in hac inspectione concludo, quod eiusmodi exceptio post definitivam sententiam opponi non potest, etiamsi proponeretur per viam actionis.*

Lo

45. Lo mismo hallamos en Carlev. *de Iudic.* con el verbi grat. que trae en el *tit. 3. disp. 17. n. 5.* ibi: *Si maritus condemnaretur ad solutionem dotis in solidum, quamvis ipse ante condemnationem allegasset; se non posse in solidum conveniri: vel hæres cum allegasset, se non posse vltra vires hæreditarias condemnari, quia fecisset solemne inventarium, nihilominus à iudice condemnaretur ad aliquid solvendum vltra vires hæreditarias; istæ exceptiones non possent iterum allegari post sententiam tempore executionis, quia videntur reiectæ*; y remitiendose al *num.* 8. pone el exemplo de el dueño, que intentò la reivindicacion de la alhaja, y sin embargo de averse alegado la prescripcion por el reo, se determinò contra este, à quien le obsta tanto la sentencia, que por la reyeccion tacita, que en ella se hizo, le priva de bolverla à oponer.

46. Y si la deducida por el Estado, *per viam actionis*, fue vna excepcion peremptoria, despreciada esta *tacitè*, imò potiùs *expressè* por la sentencia; se sigue aver sido conforme à el libelo de el Estado, y que le obsta, para no poder refricarla *in alio iudicio*, y mucho menos, quando se està tratando de la execucion de esta sentencia; y que no se dize bien, en que no fue conforme al libelo, y por consiguiente, que no le puede obstar; comprobat D. Salgad. *de Reg. 4. part. cap. 7. n.* 81.

47. *Prò coronide* de la respuesta à este primero articulo *observabam*, que las doctrinas, que se traxeron por el Estado *num.* 38. para comprobar la regla general, de que *sententia debet esse conformis libello*, estàn à favor de el Marquès, y asseguran lo que và discurrido; y pudiera el Estado, ya que las traxo por la regla, aver advertido las limitaciones, y aun visto los Autores vn poco mas de espacio; y pues no lo hizo, para que la respuesta se proporcione, lo avrà de hazer el Marquès, no tanto porque sea preciso, quanto porque se conozca mas su justicia, y no se eche menos esta observacion.

48. Citò el Estado à Vantio *de Nullit. ex defect. proces.* en el *num.* 97. y quando se discurriò, que absolutamente dixesse, que la sentencia, por no conforme à el libelo, era nula, se halla que dize, y advierte lo contrario; son sus palabras: *Erit tamen advertendum, quia satisfuerit, vt illud super*

quo

quo pronunciatur, accessoriè, aut virtualiter ex natura actionis vel aliàs comprehendatur, & petitioni subsit, quia tunc quod sententia sit extra petita dici non poterit, cùm saltem tacitè insint; y siendo esto, lo que dize en el *num.* que se cita, prueba lo contrario, y se comprueba, lo que se dixo *supra num.* 39. con el lugar de Caponio.

49. Citèse tambien à Pedro Barbossa *in leg. cum dotem* (que no es, sino *si cum dotem*) *ff. soluto matrimonio*, y à Valasco *consut.* 145. *num.* 8. y lo que estos Autores prueban, es, que segun las leyes de Portugal, para que citan el *libro* 3. *del Ordenamiento* de aquel Reyno *en el tit.* 49. sobre lo que no contuvo el libelo, se le reserva su derecho à el actor sin nuevo libelo, para que la otra parte responda, y cayga la determinacion; pero no hablan segun las leyes de nuestro Reyno, estando expressa *la* 10. *de el tit.* 17. *de el lib.* 4. *Recop.* que dirimiò las solemnidades; y aunque Azevedo glossandola, parece se inclinò à la regla general, no dexa de confessar que por equipolencia, *& ex eo quod venit ex natura actionis sententia est conformis libello.*

50. Y hablando en terminos de dicha ley de el Reyno Pedro Augustin Morla *tit.* 9. *quæst.* 22. *à num.* 4. dize, que el Juez no esta obligado à seguir la forma del libelo; y que si este fuere precissamente formado, *& non alternativè*, deba precisa, y no alternativamente proferir su sentencia; sin que obste la regla general de la ley *vt fundus ff. commun dividund.* de que la sentencia debe ser conforme al libelo: *Quia intelligi debet* (dize al *num.* 5.) *vt iudex non valeat iudicare super materia non tractata, non vero vt iudicis arbitrium, & potestas nequeat recedere à desiderio actoris*; con cuya opinion van conformes Matienzo *in leg.* 1. *tit.* 11. *lib.* 5. *Recop. glos.* 5. *n.* 4. & 5. Guttier. *pract. lib.* 1. *quæst.* 100. & *præcipuè* 101. *per totam*, con todos los Autores que estos citan, y van hablando en terminos de la ley de el Reyno; y aun advierte Gutierrez *dict. quæst.* 101. al fin de el *num.* 1. lo mucho que obra la salutifera clausula del *pido justicia en la mejor forma que aya lugar.*

51. Olvidabase el lugar de el señor Castillo *tom.* 5. *controvers. cap.* 104. *n.* 32. que se cita por el Estado, siendo el motivo del olvido que en este *num.* nada dize, pues habla

en

en muy diſtinctos terminos, *vt videre eſt apud eundem*; y aunque en el *num.* 23. toca la regla general, es en el caſo de averſe puesto demanda ſobre alimentos, en el ſupueſto de dezirſe hijo, ò hermano; y negandoſe eſta filiacion, ò fraternidad, cayò la ſentencia ſobre alimentos; y aunque parece, que implicitamente ſe declarò la filiacion, ò fraternidad, para que no ſe pueda bolver à tocar ſobre ella, ſin embargo reſuelve por la negativa, mediante que el juizio ſe ſiguiò ſobre alimentos, ſiendo lo contrario, ſi tambien ſe huvieſſe ſufrido ſobre filiacion, ò hermandad; tratando de las muchas limitaciones, que tiene eſta regla general, Hermoſill. *in leg.* 8. *t.* 1. *part.* 5. *gloſ.* 1. *n.* 14. con los muchos que cita. Con que ſin embargo de lo ponderado, y diſcurrido por el Eſtado en eſte primero medio, ſubſiſten los fundamentos expueſtos por el Marquès en ſu primero eſcrito, para que no quede la menor duda, en que la executoria ſe ſubſtanciò legitimamente, y que fue *conformis libello.*

RESPVESTA

A LA TERCERA DEFENSA DE EL ESTADO, EN PVNTO DE EL GRAVAMEN PVESTO EN la legitima de la Duqueſa, y toca al ſegundo articulo.

52. ENtra el Eſtado deſde el *num.* 51. de ſu Manifieſto refiriendo las tres alegaciones, de que el Marquès ſe hizo cargo deſde el *num.* 29. haſta el 68. de ſu primero eſcrito; y quando ſe eſperaba, que ſiguiendo el miſmo orden (como lo promete) hiziera ſu reſpueſta, ſe halla, que ſiendo tres las alegaciones: La primera, ſobre el gravamen de las capitulaciones matrimoniales: La ſegunda, ſobre caducidad, por aver tenido hijos la Duqueſa: Y la tercera, ſobre la excuſſion; abſolutamente no reſponde al ſegundo punto ſobre caducidad, de que hablò el Marquès dilatadamente deſde el *num.* 40. haſta el 51. de ſu primero eſcrito.

53. Y por lo que mira à el de la excuſſion, no lo haze

en este segundo articulo, aunque parece executarlo en el tercero; dando solo respuesta al punto de el gravamen en su tercera defensa, que comienza desde el *num. 96.* Con que por no faltar al methodo, se responderà à dicha su tercera defensa, que corresponde, y es respuesta de la primera alegacion, de que se hizo cargo el Marquès; y tambien à la primera, y segunda defensa, que aora se haze; y en que toca, y responde al tercero articulo de el escrito de el Marquès.

54. Funda el Estado su tercera defensa sobre la nulidad de el gravamen, impuesto en la legitima de la Duquesa, à favor de el Mayorazgo de el Marquès, desde el *num. 97.* de su Manifiesto, en la disposicion de el texto *in leg. Quoniam in prioribus Cod. de inoffic. testam.* para justificar, que aviendo + la dote de la Duquesa Doña Beatriz en pago de su legitima, semejante condicion, y pacto à favor de el Mayorazgo de el Marquès, fue nulo, y de ningun valor, ni efecto. Y aunque sea comun la regla, de que la legitima de los hijos no pueda ser gravada por los padres; sin embargo, mediante que ni aun consintiendolo la Duquesa, se dize, no pudo valer este pacto; no probandolo esto expressamente el texto, se haze inescusable para lo preciso de la respuesta, reconocer, si en los terminos de el pleyto fue, ò no valido, y si obrò algun efecto el consentimiento, y aprobacion. +sido

55. Para justificar esto el Estado, y que fue nula la condicion, ò bien fuesse en testamento, contracto entre vivos, ò constitucion de dote, aun consintiendolo la Duquesa; trae dos lugares, ambos de Pedro Barbos. El primero *in leg. 1. ff. solut. matrim. part. 4. n. 136.* Y el segundo *in leg. 2. ff. eod. n. 144.* Y para proceder con claridad, y que la lleve esta respuesta, se haze preciso examinar estos dos lugares, à fin de reconocer, si prueban el assumpto de el Estado.

56. En quanto al primero, và hablando Barbossa en los terminos, de que el hermano estè obligado à dotar la hermana, en cuyo caso el pacto de reversion se resuelve, es nulo, y que no lo puede poner; pero que si la dotare de bienes comunes, aunque por la parte, que à la hermana toca, no subsistirà el pacto, no obstante es valido, *si ipsa consentiat*; de que se saca, que aun poniendo el hermano, quando *de*

bonis communibus dota à la hermana, pacto de reversion, que toque à la parte, que à esta pertenece por su legitima, es valido, *si ipsa consentiat*: luego, absolutamente hablando, la disposicion de la ley *Quoniam in prioribus* no es cierta; pues en este mismo lugar que se cita, consintiendo la hermana en el gravamen de su legitima, es valido; y Pedro Barbossa dize lo contrario; de lo que quiere el Estado.

57. Dizese en el segundo lugar de Barbossa, que explicando la ley *Aliud est de pact. dotal.* dixo: *Pactum interpositum à patre; super restitutione dotis in præiuditium filiæ, & ipsius dotis, est invalidum, etiam quamvis filia tunc consentiat expresse, quia licèt quis possit renunciare proprio favori, & scienti, & consentienti, non fit iniuria leg. cum donationis Cod. de transac. tamen favore dotis dispositum est, quod mulier non possit renunciare ex leg. de die cum seqq. de pact. dotal. & ideo filia potest venire contra factum patris, quamvis eius hæres sit.* Assi se hallan trasumptadas por el Estado las palabras.

58. Hizo gran fuerza, que Barbossa huviesse prorrumpido en semejante proposicion, y aviendo recurrido à verificarla; se halla, que explicando la misma ley *Aliud est*, dize, en el mismo *num.* 144. que se cita por el Estado, estas palabras: *Ad quod expendo legem aliud est supra de Pact. dotal. vbi pactum interpositum à patre, quod soluto matrimonio dos vlteriori die reddatur, censetur invalidum. Ergo à fortiori non valebit, si contineat, quod dos soluto matrimonio non reddatur. Quinimo probat ille textus; pactum prædictum non nocere filiæ, etiamsi patri hæres extiterit, nisi ipsa suoque pacto expressum consensum adhibuerit.*

59. Esto es lo contrario, de lo que se dize por el Estado, y esto lo que dize Pedro Barbossa; sin que se ayan hallado las palabras, que se ponen por parte de el Estado; y aunque son ciertas las vltimas, con que concluye el Estado el *num.* 97. de su Manifiesto, en orden à que *hæres non teneatur servare pactum patris, quando est positum super re, in qua hæres expresse consentire non poterat propter legis resistentiam*; tambien sin salir de el mismo *num.* 145. dize: *Infertur etiam explicatio dictæ legis aliud est, dum probat, quod si mulier à principio consensit pacto paterno, & fuit eius hæres, non potest venire contra*

illud

illud pactum. Con que se compone la dissonancia; pues en el caso, para que se trae este lugar por el Estado, es, quando la hija no consintiò *à principio*, que si huviera consentido, como en nuestro caso, es tan poderoso el consentimiento, que aunque fuesse heredera, *tenebatur servare pactum patris.*

60. Dizese, principiando el Estado el *num. 98. que en esta opinion conviene* Julio *Caponio Discept.* 344. *n.* 15. y lo que dize Caponio en este numero, es tambien lo contrario, ibi: *Sicuti enim pater non potest onus in legitima filij imponere, quam non ab ipso patre, sed legis providentia filius habet leg. quoniam in prioribus de inoffic. testam. & tamen si filij consensus accedat, tale onus sustinetur.*

61. De forma, que las autoridades, que trae el Estado, para ponderar la nulidad de el pacto, y que aun consintiendolo el hijo, no es valido, de ninguna forma prueban el assumpto. Y para mayor exornacion de la defensa de el Marquès, *non abs re erit* justificarlo à mas de las doctrinas, que en su primero escrito expuso desde el *num.* 34.

62. Hablando los Autores de el pacto de reversion, se conforman, en que entonces es nulo, quando se pone su cumplimiento por la muerte de el marido, divorcio, ò semejante, quedando viva la muger dotada, por ser esto contra la publica vtilidad, *vt in leg.* 1. *ff. solut. matrim. & leg.* 2. *ff. de pact. dotal.* al contrario, quando la condicion se puso, para quando muriesse la muger dotada, vt tenet Pedro Barb. *in leg. quæ dotis* 34. *ff. solut. matrim. n.* 12. *in fin.* que por esto repugnaba la opinion, que se viò citada por el Estado; comprobando la conclusion, de que sea valido el pacto de las capitulaciones Cancer 3. *part. var. cap.* 2. *n.* 203. Amat. *resolut. for. p.* 2. *resolut.* 64. *per tot.* Molin. *de ritu nuptiar. lib.* 3. *quæst.* 31. Merlin. *Centur.* 2. *cap.* 48. *per tot.* Fontanel. *de pactis claus.* 5. *glos.* 10. *part.* 1. *per tot.* & præcipuè *à num.* 31.

63. De calidad, que siendo el pacto, para que se cumpla por muerte de el marido, es nulo, por quedar la muger indotada; y siendo reducido à la muerte de esta, aunque toque à su legitima, es valido, como lo consienta expressamente, como queda probado, & plena manu exornat, & affirmat præter alios Cardin. de Luca *de dote discurs.* 90. y 91.

di-

diziendo en el *num.* 25. de el *Discurs.* 155. in hunc modum: *Regula igitur superiùs firmata, vt scilicet, quæ loco legitimæ succedit, vel aliàs de proprijs iuribus, & bonis dotatæ constituta est, non admittat onera, & pacta prœiudicialia, limitata remanet; primò accedente mulieris consensu, per quem proprio iuri, ac privilegio spoliata dicitur, vt supr. Limitatur secundò, quoties ipsa mulier, cui onus est adiectum, numquam sit conquæsta, atque in contrarium non disponendo decedat, quoniam ita videtur onus approbasse, illique acquiescere voluisse.*

64. Conociendo la parte de el Estado la certeza de esta conclusion, recurre en el dicho *num.* 98. à otro medio, que se reduce, à que aunque el señor Valenzuela, y Molina limiten la regla, aviendo consentimiento de el hijo, ò hija gravada, debe entenderse, que este consentimiento ha de ser expresso, espontaneo, y sin lesion; pero que si es por respecto, contemplacion, ò miedo reverencial de los padres, ò marido, è interviniere lesion, se rescinde, *etiam quamvis sit præstitum iuramentum.* Con que ya se confiessa, lo que obra el consentimiento: ponderando desde el *num.* 99. que en el contracto celebrado por la Duquesa, *se infiere*, huvo miedo reverencial, y que intervino lesion; todo à fin de inducir la nulidad de el pacto.

65. Y no pudiendo probar, que huvo miedo reverencial de padre, ni marido, solo dize, *que se presume*, pero no se prueba, ni pudiera; pues el señor Molin. *lib.* 2. *de Primog. cap.* 3. *n.* 9. *& seqq.* con los Addent. funda, que el miedo reverencial por sì solo, para invalidar el Mayorazgo, no es suficiente, siendo preciso, concurran amenazas graves, ò que el padre sea de aspera, y terrible condicion; y hallandose nada de esto, ni aun alegado en los autos, no tiene para que detenerse el Marquès; pues si en estas capitulaciones huvieran concurrido las mismas circunstancias de miedo, que intervinieron en el matrimonio, que la Marquesa de Alcalà celebrò con Don Felipe de Aragon y Guzman, sobre cuya nulidad se siguiò pleyto en esta Ciudad el año passado de 1607. y de que hablò Farinacio 2. *tom. Decis. en la Decis.* 242. no tuviera tanto reparo, el que se pone por el Estado.

66. En este supuesto, le es precisso al Marquès passarse

al

al punto de la llamada lesion, la que se requiere, segun el señor Molina, y los Addent. sea enormissima; y en el caso de el pleyto, ni aun es enorme: pues el gravamen fue para 50ꝟ. ducados, mitad de la dote; y en estos terminos no ay lesion enorme, assi como no la huvo en el caso, que trae Cancer. *dict. 3. part. var. cap. 2. n. 200.* donde siendo la dote de 4ꝟ. el pacto fue, que muriendo sin hijos, pudiesse testar solo de 2ꝟ. cuyo caso refiere, y sigue Fontanel. *d. claus. 5. glos. 10. n. 17.* y siendo la dote 100ꝟ. ducados, el pacto en los 50ꝟ. para la reversion, no hizo lesivo este contracto.

67. Y aunque con la restitucion de los 7ꝟ. ducados de la inoficiosidad de la executoria de el Consejo de Lisboa, se quiere dezir, està probado; lo cierto es, que por el testimonio, que presentò el Estado, fol. 92. de el Memorial, no consta, en quanto consistiò la legitima necessaria de la Duquesa, para los efectos, que produce esta legitima necessaria, respecto de la voluntaria, de que escriviò el señor Larrea en la *Decis. 36. per tot.* & præcipuè *num. 18.* y aun segun esta regla, quedan 93ꝟ. ducados; con que la demasìa està en 3ꝟ500. sobre la mitad, en que no ay lesion enormissima, que por esto el Estado con la regla general de la ley 2. *Cod. de rescind. vendit.* y concordante de el Reyno, se contenta con la enorme, como si esto bastara, *& ex AA. supra relatis satis liquet.*

68. Y sobre todo; la Duquesa nunca reclamò, ni al tiempo de otorgar el instrumento de aprobacion, que ya estaba fuera de el poder de su padre, ni mientras durò el matrimonio, ni despues, hasta la muerte; antes si, viendo que el Estado de Castel-Rodrigo salia, no se opuso, yendo conformes en el seguimiento de el pleyto, porque tuvo presente la Duquesa, que su padre no tenia obligacion de darle tanta dote, privandose de el vsufructo, con que se pudiera aver lucrado, sino la huviera entregado; y lo que es mas, que el Estado alega aora vn derecho de tercero, que no le aprovecha, pues su obligacion fue à 50ꝟ. ducados, que caben en el todo de la dote, y por tenerlo assi presente V. S. pronunciò la executoria; bolviendose à advertir, que aunque en el Memorial no consta de esta alegacion, porque el

Mar-

Marquès no debia responderla, lo haze sin embargo, por manifestar mas su justicia.

69. Dize el Estado con alguna confusion al *num.* 101. y dà à entender, se duda de la accion, que al Mayorazgo de el Marquès pueda competir por el acto de las capitulaciones matrimoniales; que como individuo, es inseparable. Y aunque parece, và hablando en el concepto, de que siendo nulo el gravamen, lo es tambien la accion de el Mayorazgo de el Marquès, para el perjuizio que quiere evitar al Estado; se haze inescusable disputar mas este punto; para evitar qualesquier dudas, en el supuesto, de que aviendo sido el contracto con el Duque, quien se obligò à restituir el todo de la dote, y el Estado *in subsidium* por la parte, para que tenia Real facultad, à mas de lo que se fundò en el primer escrito *num.* 39.

70. A cuyo fin pregunta el Marquès: Què contracto fue, el que la Duquesa celebrò con su marido, y à què concurriò el Estado, como su fiador, por lo tocante al beneficio de su Mayorazgo? Y responderàn todos los Autores, que fue vna donacion inter vivos, y por esto irrevocable; pues aunque en terminos de duda, Menoch. *lib.* 3. *de Præsumpt. præsumpt.* 10. *per tot.* y Pedro Barbos. *in d. leg. Quæ dotis à n.* 9. *ad* 17. *ff. solut. matrim.* lleven, que asistiendo el padre à estipular la restitucion, parece presumirse, que el acto de la dotada fue executado à favor de aquel, como ministro, y procurador, y no como donatario. Esto lo limita Menochio en quatro casos: El primero, quando ay manifiesta voluntad en la muger de hazer donacion: El segundo, quando el que estipula la restitucion de la dote, fuesse pariente, en cuyo caso *facillimè donatio præsumitur ex leg. fin.* §. *fin. ff. de donation.* y Pedro Barbos. *loc. prox. cit. n.* 16. El tercero, quando la restitucion fue con el termino à la muerte de la muger, y no à la de el marido: Y el quarto, quando pactò la muger la restitucion por su muerte, y el padre estipulò, que en el mismo caso se le avia de bolver, vt ex Barbos. *dict. loc. n.* 14.

71. Y el mismo Menochio *lib.* 3. *præsumpt.* 11. *per tot.* funda, que donde asiste estipulador *ad stipulandum irrevocabiliter pro se ipso*, entonces estas palabras indican vna donacion

cion inter vivos, aviendola expressa en los autos, pues al *num.* 5. de el Memorial, sentandose los capitulos de la dote, se propuso, que la Duquesa avia de poder disponer de 50ꝑ. ducados, y no mas, & ibi: *Y lo restante de ella huviesse de bolver, y buelva à incorporarse en la Casa, y Mayorazgo de los dichos Condes sus padres*; cuya repeticion, ò reduplicacion induxo vna firme constante voluntad de donar inter vivos los 50ꝑ. ducados, que *irrevocabiliter*, por disposicion de la Duquesà missma, se le adquirieron al Mayorazgo de el Marquès, y à sus successores: *Nam illis in casibus, quibus est donatio inter vivos, mulier de ea dote nil poterit disponere, cum sit iam acquisitum ius stipulatori irrevocabiliter*; que dixo Menochio *dict. præsumpt.* 11. *num. vlt.* Comprobando tambien este punto Luca *d. Discurs.* 155. *à n.* 6. y probandolo concluyentemente el texto capital *in leg. Cum maritus* §. *fin. ff. de pact. dotal.* respondiendo, y declarando Luca *d. loc. num.* 21. la *Decis.* 196. *de Franquis*, que per transenam toca el Estado al *num.* 104. de su Manifiesto; reservandose, lo que al *num.* 103. se dize, en orden à estàr pagada la Duquesa, para tocarlo en su lugar proprio.

RESPVESTA
A LA PRIMERA DEFENSA DE EL ESTADO, EN QVE SE PROCVRA PROBAR ESTAR pagada la Duquesa.

72. CONsiste toda, en formar vna quenta el Estado, en que suponiendo, que de los 100ꝑ. ducados de la dote, los 60ꝑ. quedaron vinculados, y los 40ꝑ. libres, à los quales, y à los 10ꝑ. de las arras se obligò el Estado, concluye, en que todos estàn pagados, con diferencia de 5ꝑ387. ducados, en esta forma: Los 32ꝑ. que se vendieron, constante el matrimonio, de los Juros vinculados, en virtud de facultad Real, para que asintieron la Duquesa, y el Marquès, que entonces era de Castel-Rodrigo: 30ꝑ. ducados, que tambien constante el matrimonio, se le dieron en dote à Doña Ana de Rivera, quando casò con el Marquès de Molina, advirtiendo, que estas dos partidas eran

de

de los 60ʉ. ducados vinculados, y que aun se excediò en 2ʉ. que comprehendiò la vinculacion: 20ʉ. ducados, que se vendieron, de lo tocante à lo libre: 7ʉ. ducados de la dote inoficiosa, y 15ʉ612. ducados de las partidas mandadas baxar por la sentencia: deduciendo de todo esto, estàr reintegrada la Duquesa de el todo de su dote, y arras; y que à lo mas, à que se le podia obligar al Estado, era à los 5ʉ387. ducados, para que propone por alegacion otras partidas, que se dizen tambien cobradas.

73. A esto se responde, que aviendose alegado antes de la sentencia los 7ʉ. ducados de la dote inoficiosa, y otros 7ʉ. por la mitad de los 14ʉ. de el mas aumento de dote de la Marquesa de Molina, se despreciaron por la executoria; con que no pueden bolverse à alegar, abonandose solo los 30ʉ. ducados de la dote de la dicha Marquesa: 41ʉ. reales de vellon, cobrados por la Duquesa de el quinto de su marido: 80ʉ. reales de vellon de Doña Mayor Cegarra: y 2ʉ. ducados, que se le dieron à la Duquesa para litis expensas: cuyas tres partidas importan 41ʉ190. ducados, y 10. reales de vellon.

74. Pero aun quando nada se huviera alegado por el Estado antes de la sentencia, y solo se huviera hecho despues; si lo que và à fundarse, es, que en fuerza de ser ciertas estas partidas, es tambien cierto, que la Duquesa està pagada, se niega desde luego la sequela; y dà fundamento para esto, que el Estado no la probò, quedandose solo en alegacion, por conocer la dificultad tan grande, que esto tenia; trabajo que se tomarà por el Marquès, con el qual quedarà esta primera defensa de el Estado, como sino se huviera hecho, a cuyo fin se tendràn presentes las mismas partidas, que propone.

75. Todo el fundamento, quiere el Estado, consista, en que aviendo consentido la Duquesa en la enagenacion de los bienes dotales, y assenso que diò, para que se impetrasse la facultad Real, luego que la enagenacion se executò, por este mismo hecho le quedò menos derecho à pedir su dote à proporcion, de lo que de ella se enagenò. Proposicion, que à no averla firmado la conocida literatura, y largas experien-

cias

cias de los tres Abogados de el Estado, la pudieran, y debieran responder las palabras, que el señor Castillo en el *lib.* 8. *Controv. cap.* 59. *num.* 67. *post med.* escriviò, las que no se trasumptan, por no ser el animo de el Marquès otro, sino solo responder, explicando las doctrinas, que à su favor conducen.

76. Las partidas dotales enagenadas, constante el matrimonio, son tres: La primera, de 24U. ducados, que estaban impuestos sobre el Estado de Maqueda: La segunda, de 8U. ducados, parte de los 28U. de el Juro de Almoxarifazgo, y ambas de lo vinculado: Y la tercera, de 20U. ducados, resto de dicho Juro, que tocaba à la parte de dote libre, componiendo todas 52U. ducados, los quales, aunque enagenados con el consentimiento de la Duquesa, sin embargo, esta conservò el derecho para la repeticion contra bienes de el Duque su marido, luego que se dissolviò el matrimonio, como de hecho lo hizo, saliendo à los autos.

77. Dos modos ay de bienes dotales, vnos apreciados, y otros sin aprecio, que haga venta; y de los mismos bienes, vnos son muebles, y otros raizes; y hablando de los bienes raizes inestimados (que por tales se contemplan los dotales vinculados) todos los Autores, como son Pedro Surdo *de aliment. tit.* 8. *priv.* 36. Pedro Barbos. *in leg.* 1. *ff. solut. matrim. part.* 5. *n.* 1. 3. *&* 4. y otros muchos, convienen en la nulidad de semejantes enagenaciones, y que sin embargo de el consentimiento de la muger, *directò* puede reivindicar las alhajas vendidas, al contrario de quando son estimadas con estimacion, que hizo venta, que entonces, *non directè, sed in subsidium*, puede reivindicarlas.

78. Toca este punto latissimamente, y en todos los generos de bienes dotales D. Castillo *lib.* 8. *Controv. cap.* 58. *per tot.* trayendo todos los Autores de la materia, concluyendo, en que en todo acontecimiento la muger, por el consentimiento en la enagenacion, no pierde el derecho contra bienes de su marido, para repetir su dote, en tanto grado, que aunque el consentimiento fuesse jurado, no le obsta, question de que hablò por todos el *Capit.* 59. præcipuè *à num.* 67. con que nos escusa la repeticion de Autores, por comprehenderlos todos, à mas de los que añadiò Juan Paulo Melo

su-

ſu addicionador, y proporciona tambien la brevedad deſta reſpueſta.

79. Con que mientras el Eſtado no hiziere creer con fundamentos legales, que venzan los de el ſeñor Caſtillo, y Melo ſu addicionador, con los que eſtos citan, podrà dezir el Marquès, que eſtà muy bien el conſentimiento de la Duqueſa, para la enagenacion de ſu dote en las referidas partidas, para que lo preſtò, aunque fueſſe jurado; empero que ſin embargo el recurſo contra bienes de ſu marido, quedò indemne, no ſirviendo de otra coſa la facultad Real, que para facilitar la enagenacion de lo vinculado, pero no para que la Duqueſa ſe tuvieſſe por pagada; lo que ſe tuvo tan preſente por V. S. que en las partidas, que ſe alegaron antes de la ſentencia, no ſe hizo en ella mencion, abonandoſe ſolo lo cobrado por la Duqueſa, y los 30ꝟ. ducados, que eſta le diò à ſu hija la Marqueſa de Molina, no reparandoſe en eſta imputacion, teniendoſe por juſta por la diſpoſicion de la ley de el Reyno, y por lo diſcurrido por el ſeñor Caſtillo *dict.cap.* 58. *num.* 31.

80. Pero parece, ſe eſtà oyendo ya la replica de el Eſtado, y con aparencias de cierta, quien ſe diſcurre, dirà, que quando por el conſentimiento de la Duqueſa en la enagenacion de los bienes dotales, no ſe huvieſſe privado de el derecho, que contra bienes de ſu marido por la eſcritura dotal tenia; para la repeticion de ſu dote; es muy diſtincto, que el marido eſtè obligado, ò que ſe quiera contemplar en igual obligacion al Eſtado, à quien, por ſer vn fiador de indemnidad, ò ſubſidiario, por el conſentimiento de la Duqueſa para las dichas enagenaciones, ſe le adquiriò vn derecho firme de liberacion, y vna excepcion clara *cedendarum*, para que eſtè negado contra el Eſtado el recurſo; vt ex D. Caſtillo *Controv. tom. 6. cap.* 68. *§. vnic. à n.* 22. *ad* 30. & alijs obſervabat D. Olea (aunque no ſin contradictores) *tit.* 5. *quæſt.* 3. *à n.* 8.

81. Eſta replica era legitima, ſino ſe conſtituyera diferencia, como de hecho la ay, entre conſentir la muger la liberacion de la hypoteca, ò vno de los fiadores de ſu marido, à conſentir en la enagenacion, que de ſus bienes dotales

ſe

ſe hiziere; pues en el primer caſo es valido el conſentimiento à iure *ex leg. iubemus Cod. ad Velleian.* y en el ſegundo prohibido totalmente, *ad totum tit. ff. de fund. dotal. leg. vnic. §. & cum lex Cod. de rei vxor. action.* & ſignanter *in leg. 7. tit. 11. part. 4.* con la inteligencia, que à eſta ley dà D. Caſtillo *dict. lib. 8. Controv. cap. 58. à n. 5.*

82. La razon de eſtà diferencia eſtà manifieſta; porque oy por derecho nuevo no ſe preſume en la muger tanto conſentimiento en la enagenacion de las alhajas ſuyas dotales, como en libertar vna de las hypotecas, ò fiador, de los que diò el marido, para la ſeguridad de la dote, que recibiò; al contrario de lo diſpueſto por derecho antiguo *ff.* en que *potius ex leg. Iulia* ſe le permitia à la muger la enagenacion de la alhaja dotal, que la liberacion de la hypoteca. Opinion, comprobante de eſte diſcurſo, tan ſentada en derecho, que dilatadamente la fundò Acoſta *de Privileg. credit. regul. 2. ampl. 6. à n. 136. cum ſeqq.* & ſignanter *à n. 256.* cum multis ab eo congeſtis.

83. Que aun por eſto ſe obſervaba, que el ſeñor Olea *loc. prox. cit.* lleva, que al fiador de la dote le compete la excepcion *cedendarum*, quando fue libre otro de ſus compañeros, ò vna de las hypotecas, para cuya diſſolucion huvo conſentimiento de la muger; pero no toca, ni funda, ſi la miſma excepcion compitiera en la enagenacion de bienes dotales, pues ſolo explica la ley *Iubemus Cod. ad Velleian.* ſin hazer mencion de la *vnic. §. & cum lex Cod. de rei vxor. act.* y la de partida concordante; teniendo preſente, que para la enagenacion de el fundo dotal ay la prohibicion à iure, que falta en la hypoteca, ſiendo por conſiguiente eſta valida, y la primera ipſo iure nula; reſultando evidente excluſion de la liberacion, que por el Eſtado pudiera pretenderſe, por fundarſe en vn acto nulo, que in iure *nullum poteſt producere effectum*, ad iura vulgaria; comprobat Rodriguez *de concurſ. 1. p. art. 1. à n. 251.*

84. Vlterius, quando lo diſcurrido no fuera tan cierto como es, *alio ex capite* reſultaba la nulidad, la que ſe colige de el miſmo ſeñor Olea *loc. prox. cit.* pues todas las vezes que de los conſentimientos de la muger, para la liberacion de

las hypotecas, refulta lefion (baftando la enorme, è interviniendo juramento) fe refcinden femejantes contractos; *à fortiori*, quando el confentimiento fue para enagenacion de bienes dotales, y efte no jurado. Eftando tan evidente efta lefion, que fiendo la dote de 100ꝗ. ducados, y fu conftitucion en Junio, y Septiembre *de el año de* 1597. La primera enagenacion fue en Abril de 599. en que fe vendieron los 24ꝗ. ducados de el cenfo impuefto fobre el Eftado de Maqueda: La fegunda, en Diziembre de el mifmo año, de los 20ꝗ. ducados libres: Y la tercera, en Mayo de el figuiente de 1600. de otros 8ꝗ. ducados, parte de lo vinculado, y confta de los *num.* 13. y 14. de el Memorial; cuyas tres partidas componen 52ꝗ. ducados, y exceden de la mitad de la dote.

85. Todo lo difcurrido hafta aora en efte punto, ha fido en los terminos, de defender el derecho proprio de la Duquefa Doña Beatriz, fin recurrir al particular de el Mayorazgo de el Marquès; pues aun en cafo de que la Duquefa huviera executado por fus repetidos confentimientos las enagenaciones, que quifieffe, y que eftas fueffen validas, folo pudieran tener efecto, en lo que la pertenecia; pero no en los 50ꝗ. ducados, que tocan al Mayorazgo de el Marquès, cuya divifion de derechos es precifo, y muy conveniente, tenga prefente el Eftado fin confundirlos.

86. Porque fi al fin de el primero Articulo, con la ley *Cum Maritus* §. *fin. ff. de pact. dotal.* à que fe añade la ley *Quæ dotis* 34. *ff. folut. matrim.* y lo que fobre ella efcriviò Pedro Barboffa, efpecialmente *à num.* 14. fe fundò la irrevocabilidad de la donacion, que à dicho Mayorazgo fe le hizo, por la efcritura de capitulaciones matrimoniales, y derecho irrevocable, que fe le adquiriò; aora fe comprueba mas con la refolucion 64. de Amato con Gutierr. *lib.* 2. *Pract. quæft.* 52. *per tot.* & præcipuè *à num.* 4. idem Amato *refolut.* 30. *leg. quoties Cod. de donat. quæ fub modo leg.* 7. *tit.* 4. *part.* 5. y con la efpecial decifsion de la Chancilleria de Granada (muy propria de efte cafo) de que efcriviò el feñor Larrea *tom.* 2. *Decif.* 91. en terminos de conftitucion de dote, con pacto, de que muriendo la hija fin hijos, en parte de la dote fuccedieffen las

her-

hermanas de el yerno; y queſtionando, ſobre ſi por no aver aceptado eſtas la donacion, pudò revocarla el ſuegro dotante, reſolviò aquel Tribunal por la negativa; baſtando la aceptacion de el yerno, para que les aprovechaſſe à las ſubſtitutas; comprobando la referida reſolucion con muchas autoridades, y à mas de ellas, la de Burgos de Paz *conſil. 26. per tot.* y tambien la de el ſeñor Olea *tit. 2. quæſt. 7.* mas expreſſo en la addicion à eſta queſtion: de que reſulta, no dexar la menor duda en lo indemne de el derecho de el Marquès, evacuandoſe la primera Defenſa de el Eſtado.

RESPVESTA
À LA SEGVNDA DEFENSA, EN QVE CONTINVA, LO QVE EXPVSO en la primera.

87. PAreciòle al Marquès, aver tocado con baſtante claridad el punto, que incluye eſta ſegunda Defenſa de el Eſtado; y aora, quando diſcurriò ſe le reſpondieſſe, halla ſu Abogado, contener tal confuſion, que quaſi haze dificultoſa la reſpueſta, ſino eſtuviera tan claramente manifieſto, lo que articulò deſde el *num. 69.* y ſiguientes, en que comienza el tercero Articulo, y donde eſpecialmente ſe tocan todas las partidas, que aora ſe traen por el Eſtado, fundandoſe copioſamente deſde el *num. 63:* que por eſtar todas alegadas antes de la executoria, deſpues de ella no ſon atendibles, *etiam prætextu novorum inſtrumentorum*; y para proponerlas aora, como las propone el Eſtado, tuvo por ineſcuſable, reſponder à dichos fundamentos, y no hüir la dificultad: con que ſi eſtà denegado por Derecho el recurſo para la propoſicion de eſtas partidas (excepto las que ſe mandaron baxar por la executoria) tambien lo eſtà el reſponder à ellas.

88. Sed ex digreſsiuncula no ſe dexaràn de notar algunas circunſtancias, que no ſe conforman con el Memorial, como es la alegacion, que al *num. 78.* haze el Eſtado, en orden, à que la Duqueſa Doña Beatriz reconvino al Princi-

pe de Paterno, su yerno, por la dote, y arras de su hija Doña Maria Enriquez de Rivera, y tambien sobre la restitucion de los frutos, que por cabeza de esta avia percebido de el Estado de Alcalà. Para cuya exclusion basta el pleyto executivo, que se siguiò en Madrid el año de 46. por el Marquès de Castel-Rodrigo, como heredero de dicha Duquesa por solo dote, arras, y gastos de camara, lo que consta al fol. 93. de el Memorial; cayendo despues la transaccion el año de 73. sobre este mismo punto, y consta de el Memorial al fol. 98.

89. Ni pudiera ser sobre los frutos, pues estos los hizo suyos dicho Principe, como marido, vt ex D. Greg. Lopez, D. Solorzan. Matienz. & alijs tenet D. Olea *in addition. ad tit. 6. quæst. 2. à n. 21. & seqq.* y aviendo caido la sentencia de remate, y transaccion solo sobre la dote, arras, y gastos de camara, no ay para què tocar los frutos de el Estado, à fin de hazer caudal, ni menos en los 100ℋ. ducados de las joyas, que tambien refiere el Estado al *num.* 80. y resguardos, que dize huvo; pues aviendose otorgado el instrumento dotal de 20ℋ266. ducados de plata, moneda de Napoles, 10ℋ. de las arras, y 27ℋ. de los gastos de camara; està de mas huviesse avido ofrecimiento, y resguardos, pues todo quedò incluso en la dote, y transaccion: punto que tocò el Marquès en el tercero medio de su escrito desde el *num.* 102.

90. Observase tambien, lo que el Estado dize al *num.* 83. en punto de los 30ℋ. ducados de plata de el Duque de Cardona; pues sobre esto no se responde, à lo que el Marquès propuso desde el *num.* 57. de su primero escrito; reduciendose el Estado à cumular indistinctamente partidas, sin hazerse cargo, como debia, de lo que sobre ellas se dixo, ni salvar la solucion, que con el Memorial de el pleyto se les diò, para ponderar, que la Duquesa cobrò, sin dàr otra formal, ni especifica razon. Y à lo de causa mas dura, tiene respondido el Marquès, y tampoco se satisface por el Estado; y en punto de negligencia, no se descubre la huviesse, pues desde que se formò el concurso, saliò la Duquesa, y constantemente estuvo pidiendo su credito.

91. Y que por el Administrador de el concurso se dieron tantos, y tan buenos efectos de el Duque Don Fernan-

do, como dize al *num.* 90. esto no se halla en el pleyto, sino solo que el Estado señalò diferentes bienes, luego que se le requiriò, con los quales pretendiò se declarasse aver cumplido, y refiere el Marquès al *num.* 55. y como ninguno fue bastante, llegò el caso, de que por estàr hecha la excusion, se mandasse despachar la execucion.

92. Y sobre todo, aunque la Duquesa huviesse cobrado, no solo el todo de su dote, y arras, sino 200ꝟ. ducados, y que de esto no huviesse duda alguna; es todo vno, que cobrasse, ò que el Mayorazgo de el Marquès no tuviesse recurso por sus 50ꝟ. ducados? Ya se vè, que el Estado no lo puede dezir; porque assi como el hecho voluntario de la Duquesa, por el consentimiento emitido para la enagenacion de sus bienes dotales, aunque fuesse jurado, y no huviesse tenido lesion, no debia perjudicar al Mayorazgo de el Marquès; de la misma forma debe contemplarse, aun quando la Duquesa huviesse cobrado mucho mas, de lo que la pertenecia, mediante que los antecessores de el Marquès salieron à los autos muy desde el principio, y antes de la executoria de graduacion, de cuyo credito le constò al Estado, y de el derecho, que en las capitulaciones matrimoniales se le diò, por los fundamentos que quedan tocados.

RESPVESTA
À EL TERCERO ARTICVLO, EN QVE SE TRATA DE LA excusion.

93. TIene concernencia, lo que el Estado toca en este Articulo, desde el *num.* 105. con lo que el Marquès expressò en su primero escrito, desde el *num.* 52. y aunque diziendo, que responde à todo el Manifiesto de el Marquès, no lo haze; lo mismo practica tocante à la excusion, pues passa en silencio las questiones, que se tocaron, contentandose con proponer, como preliminar, la de que no ay executoria en el punto de si se ha hecho, ò no legitima excusion, y que no ay otra cosa, que el auto de vista de

V. S. *de 6. de Noviembre de 671.* en que en consequencia de averse declarado estàr hecha legitima excusion, se mandò despachar la execucion; y que mientras esta executoria falta, falta tambien la execucion.

94. Para procederse con claridad à responder à este punto, es preciso suponer, como parece lo haze el Estado, que el auto de V. S. *de 6. de Noviembre de 671.* tiene dos partes: La primera, averse declarado estàr hecha legitima excusion en los bienes libres de el Duque Don Fernando, sin embargo de las excepciones alegadas por el Estado: Y la segunda, que en consequencia precisa de estàr hecha la excusion, se despache la execucion; y estando, como està suplicado por el Estado de este auto, y por el antecessor de el Marquès pedida la confirmacion en lo favorable, y sobre este punto visto el pleyto; no ay duda, en que no ay executoria, que declare estàr hecha la excusion en los bienes libres de dicho Duque; y por consiguiente, que tampoco la ay en la consequencia, que mirò à mandarse despachar la execucion.

95. Con que no ay, en que detenerse en este punto; porque la executoria de graduacion fue desde luego executiva contra los bienes libres de el Duque Don Fernando; y contra los de el Estado, condicional, hasta verificarse la excussion; y este el punto, sobre que oy se sufre el pleyto, oyendosele à el Estado en vn juizio puramente ordinario, por aver nacido la accion, desde que faltaron los bienes libres de dicho Duque, sin que todavia aya nada executivo *in effectu*; respondiendosele à el Estado, como fiador subsidiario, à las excepciones, que en punto de no estàr hecha la excusion, segun quiere, se han alegado; y entonces serà puramente executivo, quando el referido auto de V. S. *de 6. de Noviembre de 671.* se confirme en lo favorable.

96. En cuyos terminos, no viene al caso, lo que por el Estado tan difusamente se dize desde el *num.* 107. hasta el 129. de su Manifiesto; pues no se ha dudado, *vt nuper dicebamus*, el privilegio, que à el fiador subsidiario compete, mediante, que aunque la executoria de graduacion *in substantia, vel causa* le obste, *quoad exercitium* no se pueda practicar, hasta que conste de legitima excusion; y para esto,

aun

aun ſegun el dictamen de el Eſtado, ſe ſolicita la executoria. Con que queda reſpondido al todo de las autoridades, que ſe omiten juſtamente, en orden à que ſe han de excutir primero todos los bienes libres, que llegar à los vinculados *in ſubſidium*; pues la queſtion, ni el dubio eſtà en eſto, ſino en que en fuerza de eſtàr baſtantemente excutidos, es viſto aver llegado el caſo de exercitar la accion contra los frutos, y rentas de el Eſtado, y que aſsi ſe mande por V. S. confirmandoſe en quanto à eſto el referido auto.

97. Y eſtando tocado por el Marquès, en punto de eſtàr hecha la legitima excuſsion, deſde el *num.* 52. haſta el 68. y deſde el *num.* 102. haſta el 106. de ſu primero eſcrito, donde con baſtante claridad ſe dixo lo conducente à eſte punto, y à que directamente no reſponde el Eſtado, aunque dize hazerlo, remitiendoſe à los *num.* 88. y 89. de ſu reſpueſta, en que nada dize; ſe omite, y con lo que eſtà dicho en eſte eſcrito, bolverà inſiſtir ſobre lo miſmo.

98. Lo que haze fuerza al Marquès, es, lo que el Eſtado dize deſde el *num.* 130. haſta el 133, de ſu Manifieſto, en orden à que ay preſcripcion de via executiva, por el tranſcurſo de mas *de* 45. *años*, que han paſſado deſde el auto en fecha *de* 1. *de Febrero de* 675. que dimanò de la diſcordia, de que conſta por el auto *de* 22. *de Septiembre de* 674. y doctrinas comunes para probar la preſcripcion, aun de via ordinaria, que ſe traen; porque todo eſto fuera bueno, y las doctrinas vinieran en ſu debido lugar, ſi reſpecto de el Eſtado huviera avido via executiva, la que el Marquès no halla, ſino ſolo vn juizio ordinario, en que ſe ha tratado, y aun ſe diſputa oy, ſobre ſi eſtà hecha, ò no legitima excuſsion; y no aviendo, como no ay, executoria ſobre eſto, no ay, por conſequencia precisa, execucion *in effectu*, pues todavia ſe eſtà en los terminos de aquel auto *de* 6. *de Noviembre de* 671. que ſiendo ordinario, y no aviendoſe confirmado, haſta que eſte caſo llegue, el mandato de execucion eſtà ſin efecto, y no teniendolo, no ay via ordinaria: y por conſiguiente, ſe niega el ſupueſto de preſcripcion, pues mal la puede aver, quando no ha comenzado la via executiva, aviendo, para impedir eſte principio, el juſtiſsimo impedimento, que ha

oca-

ocaſionado, y ocaſiona el facto de ſi eſtà, ò no hecha legitima excuſsion, y ſi ha llegado, ò no el caſo de el recurſo contra los frutos, y rentas de el Eſtado por la obligacion contraida en las capitulaciones matrimoniales.

99. En eſte ſupueſto, con razon ſe omiten todos los fundamentos legales, que por el Eſtado ſe traen, quien tambien ha ſido omiſſo, pues aviendo ſuplicado de dicho auto, y pueſtolo en los terminos de el *de 1. de Febrero de 675.* ſe ha eſtado quieto haſta aora, y aun aora, que ſe le citò al Duque actual, para que bolvieſſe à vèr el pleyto, lo procurò dilatar, con que avia de paſſar Portero de la Sala à hazerle la citacion, mediante ſu grado, lo que fue preciſo determinaſſe el Real, y Supremo Conſejo de Caſtilla, dandoſe por bien hecha la citacion al Procurador, y quedandoſe legitimamente concluſo, para que ſe determine la accion deducida. A mas de que porque las partes no proſigan el pleyto, no por eſto ſe pierde la inſtancia por el tranſcurſo de tiempo, por llevarſe la tendencia, à que la ſentencia declare aquel derecho, que por el litigio eſtà dudoſo, como en terminos de pleyto movido por poſſeedor de Mayorazgo, y quedado pendiente, y el que deſpues de muchos años, por no eſtàr acabada la inſtancia, quiſo proſeguir otro ſucceſſor, lo funda abundantemente D. Larrea *Deciſ. 35. per tot.* & præcipuè *num. 51.*

RESPVESTA
A EL ARTICVLO QVARTO, Y A EL PVNTO PRIMERO,
Sobre que el anteceſſor de el Marquès no ſuplicò, en lo que le era perjudicial de el auto de 6. de Noviembre de 1671.

100. GRaviſsimo es el empeño de el Eſtado en eſte quarto, y vltimo Articulo; lo que no ſe conforma, ni en el modo, eſtilo, y ſubſtancia con los tres antecedentes, en los quales, à poca, ò ninguna reflexion, por lo precedentemente expreſſado por el Marquès, ſe conoce-

rà,

rà , quedarse por responder à discursos enteros , confessandose llanamente por ciertas las doctrinas,que se traxeron; reparandose aora , que el Estado observa las suposiciones ciertas de el Marquès , repara en las pretermisiones , syndica las doctrinas , y no ay sylaba , que se dexe de notar. Pero ni con toda esta diligencia se adelanta cosa alguna en los siete puntos , en que este quarto Articulo se divide ; antes si , con todas , ò las mas doctrinas, que se traen , se procurarà satisfacer, y tambien à el arte , con que ha formado su respuesta ; siendo preciso , sea puntual la de el Marquès , aunque se dilate algo , mediante que lo conciso es justo , y debido se proporcione con lo conveniente.

101. Supuso el Marquès al *num.* 108. de su primero escrito , que aviendose pedido por su antecessor , se confirmasse en lo favorable el auto *de 6. de Noviembre* , fue visto averse suplicado , de lo que le era perjudicial ; lo que , por ser comun , y sentado en Derecho , se probò brevemente à paritate con la doctrina de el señor Salgado *de supplicat.ad SSmum. 2. part. cap.* 31. *à. n. 99. ad* 102. continuando , en que por su particular interesse pretendiò aora expressamente se supliesse, y enmendasse. Y el Estado , formando el primer punto , lo divide , en que ni fue adhesion à la suplicacion la de el antecessor de el Marquès , ni que oy es admisible la de el actual.

102. Y dexando las reglas generales , que se traen , sobre si la apelacion , y suplica , *quoad substantiam* , se diferencien , ò no , porque todo esto se tiene por no de el caso ; no hazen fuerza el *cap. 62. de appellat.* ni el lugar de Paz , no en la 5. *part.* sino en la *6. tom.* 1. *cap.* 2. *n.* 2. porque aunque sean semejantes apelacion , y suplica , ay esta diferencia entre el que apela , ò suplica , como vencido , al que es vencedor; que en el primer caso no se repara , en que deba expressar los fundamentos , porquè apela , ò suplica , aunque de estas vozes formalmente no use , como con Escacia *de Appellat. quæst.* 4. *art.* 2. *n.* 19. se prueba por el Estado. Lo contrario en el vencedor , siendo esta la razon : Que como quiera que al que se le agraviò , es preciso se quexe , y ocurra al Tribunal superior , ò de tercera instancia , à formar nuevo juizio , es tambien inevitable , se declare , à fin de si le ha de aprove-
char

char al apelado, ò ſuplicado, como de hecho le aprovecha, la apelacion, ò ſuplica de el apelante, ò ſuplicante; de calidad, que à el apelado, ò ſuplicado, como vencedor, le baſta, que el vencido, porque ſe ſintiò agraviado, apele, ò ſuplique, para que de eſte miſmo acto, de que reſulta vna nueva inſtancia, ſe le ſiga el beneficio de ſer comun, ſiendolo tambien las doctrinas, que para comprobar eſte punto, trae Alvaro Volaſco *conſul.* 51. *n.* 24. y las que recopilò D. Valenz. Valazq. *conſ.* 49. *n.* 10. y traen otros muchos.

103. Abierta la inſtancia, por la apelacion, ò ſuplica de el que ſe ſintiò agraviado, entonces es comun à la otra parte, quando eſta apelacion, ò ſuplica fue *ſimpliciter*, y no *quatenus contra eum facit*, que ſon los terminos, que ſe deben obſervar para eſte punto, para ſu mas clara, y verdadera inteligencia, ſiendo tambien en los que và hablando Fontanel. en la *Deciſ.* 413. que ſe cita por el Eſtado, y cuyas palabras truncadas ſe ponen; y para que ſe vean, por lo que conducen al Marquès, ſerà preciſo poner à la letra las de el *num.* 1. ibi: *Appellationem, & ſupplicationem eſſe communes, niſi pars appellaverit, aut ſupplicaverit ſolùm à capitulis præiudicialibus; tunc appellatio non eſt communis, nec ſupplicatio, cum tantùm devolvatur id, à quo fuit ſupplicatum, quæ eſt diſtinctio Abbat. in cap. ſignificaverunt num. 7. de except. dicendo, quod aut victus appellat à ſententia SIMPLICITER, & tunc poteſt victor, etiam abſque alia appellatione expenſas conſequì, licèt in primo iudicio fuerit victus abſolutus. Aut appellat QVATENVS CONTRA EVM FACIT; & tunc debet appellare victor, aliàs ſententia tranſit in iudicatum.* Y diziendo al *num.* 2. que eſta diſtincion es aprobada por el Senado de Cataluña, y la que lleva, proſigue poniendo las miſmas palabras, que ſe traen por el Eſtado, que ſi las huviera pueſto todas, nos eſcuſara eſte trabajo, ibi: *Conſulimus ſemper partibus, appellent, aut ſupplicent, non ſimpliciter à ſententia, ſed à capitulis præiudicialibus.*

104. Y recurriendo al Memorial de el pleyto, eſtrañamos, que el Eſtado no ſiguieſſe eſte conſejo, que al Marquès dà; pues al fol. 87. ſe halla, pidiò ſe reformaſſe el auto de 6. de Noviembre, y que ſe le abſolvieſſe de la pretenſion de el Marquès. Y ſi eſto es apelar *ſimpliciter*, de el miſmo

L Fon-

Fontanela, que se cita, se deduce, y lo comprueba el señor Salgado en el mismo lugar, que lo trae el Estado 3. *part. de Reg. cap.* 15. Y si en estos terminos la instancia es comun al Marquès, de calidad, que aunque sus antecessores no se huviessen arrimado à la suplica, les aprovechaba; de el mismo Fontanela, y de todos los Autores, que hablan de lo comun de la instancia, se convence.

105. Por conocerlo assi el Estado (aun en el sentido, en que expone sus doctrinas) dize al *num.* 143. no alcanzar la voz *en lo favorable* à la denegacion de la execucion por los redditos, por ser preciso concurran juntamente otras, en que el litigante se muestre agraviado, y pida la reformacion; para que con Maranta, Escacia, y Paz se cita à Fontanel. *in d. Decis.* 413. *n.* 8. y sus palabras, ibi: *Dicendo sententiam esse nobis præiudicialem, & gravatoriam, causis, & rationibus ex processu resultantibus.*

106. Y para que se conozca el arte, *ni dicam aliud*, con que se citò à Fontanela, es preciso se vea en el mismo *num.* 8. donde dize, que *etiam iudex causæ supplicationis potest in favorem victoris reformare sententiam; quin sit necessarium per supplicantem, vel adhærentem explicari causas suæ supplicationis, & in quo gravatum se fuisse prætendat; sed sufficit referre se ad merita processus; dicendo secundum praxim, qua vtimur, quæ est optima, sententiam esse nobis præiudicialem, & gravatoriam; causis, & rationibus ex processu resultantibus*; cuyas vltimas palabras, que vnicamente se ponen, y de el contexto de todas, segun se hallan en Fontanela, se saca, que segun la practica de Cataluña, se expressan las causas.

107. Y recurriendo à la de esta Ciudad, la que, segun la mejor practica, se observa, es, que el que pide la confirmacion de la sentencia, es llanamente; empero quando le perjudica algun capitulo, dize, se confirme en lo favorable, y otras vezes se añade, se revoque en lo perjudicial; mas nunca se qualifica con la palabra en lo favorable, quando se pide confirmacion llana de sentencia: pues aquella qualidad, *en lo favorable*, restringe el consentimiento, para que en lo que no lo es, se entienda, que no se ha prestado.

108. Escusada es qualquiera prueba, quando el texto

mejor es el Estado, y lo que es mas, que no puede responder, respecto de que todo lo que pretende probar en este primero punto, es, que la palabra *en lo favorable* no tiene extension, para que se reforme el referido auto; y si esto es assi, se le haze este argumento, preguntandole: El auto *de 6. de Noviembre*, no es cierto, fue en contra suya, en quanto se declarò por hecha la excussion, y en su favor, en quanto se denegò por los redditos? Pues veamos, como se interpone la suplica; y recurriendo al Memorial fol. 87. se hallarà, *se suplicò de este auto, y expressò agravios, pretendiendo, se reformasse, absolviendole en la pretension contraria.*

109. Hallase alguna palabra restrictiva, ò que indique, se confirme en la denegacion de los redditos, ò en lo perjudicial? Ninguna. Pues como insiste, en que se denieguen los redditos? Y si la palabra, que se confirme en lo favorable, puesta por el antecessor de el Marquès, no tiene extension (segun quiere el Estado) para que se revoque en lo perjudicial; porquè quiere, que la palabra, que se reforme, puesta por el mismo Estado, se restringa à solo, lo que le perjudica, y que tenga extension, à que se confirme, en lo que le aprovecha? Dirà acaso, que en la palabra, *se reforme*, suplicò en el punto de redditos, que era à su favor? De ninguna forma. Pues assi como no puede negar, que aviendo pedido reformacion de el auto, quiso se entendiesse de lo perjudicial, y estendiesse à lo favorable; de la misma forma ha de confessar necessariamente, que pedida la confirmacion en lo favorable por el antecessor de el Marquès, se debe estender, à que se reforme en lo perjudicial.

110. Mas. Entre la suplica de el Estado, y la adhesion de el antecessor de el Marquès, ay esta diferencia: Que el Estado, si pidiò reformacion, fue *simpliciter*, absoluta, sin qualidad alguna, ni aun indicante: Y el antecessor de el Marquès, si pidiò la confirmacion, fue con el additamento, de que fuesse *en lo favorable.* Pues como quiere el Estado, que en esta igualdad, ò por mejor dezir, desigualdad de terminos, se le contemple de mejor calidad, que à el antecessor de el Marquès?

111. La comprobacion de todo esto es vn axioma vulgar,

gar, que es el 120. de Barboſſa, donde dize, que *incluſio vnius, eſt excluſio alterius*, mejor, ſino entendido, explicado por el ſeñor Vela *Diſſert. 49. n. 67.* ibi: *Cum hoc proprium exceptionis, & excluſionis ſit, vt regulam in contrarium firmam reddat, & omne illud, quod non excludit, includat, vt & vice verſa incluſionis, vt excludat, & excipiat omne id, quod non includit*; exornandolo con muchas autoridades, trayendo muchas mas en la *Diſſert. 2. n. 40.* à que ſe añade Pedro Barboſſa, quien repitiendo la ley *Cum Prætor 12. ff. de iudic.* dize al *num. 37. Is qui in certo caſu ſibi providit, videtur quod contrarium obſervaretur in caſu omiſſo.* Con que no neceſsita de reſpueſta la inteligencia de la ley *Ampliorem Cod. de appellat.* y lo demas, que ſe dize al *num. 144.*

112. Neceſsitala, pues, en el *num. 145.* en que ſi repara, que el pedimento de el Marquès no eſtà hecho, ſegun buena practica, porque debiò dezir: *Arrimandome à la ſuplicacion de contrario interpueſta, y en lo neceſſario interponiendola de nuevo*; ſe haze ineſcuſable, reparaſſe en el Autor de la Curia *5. part. §. 1. n. 22.* donde dize, que *quando vno apela de la ſentencia, que es dada en pro, y contra ſuyo, ſiempre en la apelacion diga, que conſiente en la ſentencia, en lo que es en ſu favor, y en lo que dexa de ſerlo, y es en ſu daño, ò perjuizio, apela.* Y ſegun eſte lugar, la practica corriente, que debiò aver obſervado el Eſtado, fue eſta: *Suplico con el reſpeto debido, &c. cuyo auto V. S. ſe ha de ſervir de ſuplir, y enmendar en grado de reviſta, en lo que es perjudicial, confirmandolo en lo demàs.* Y ſi eſto no ſe halla en la ſuplica, que interpuſo, de el auto *de 6. de Noviembre*; à què fin pone obſtaculos el Eſtado, quando no ſalva los ſuyos?

113. Debiendoſe eſtàr, por lo que queda diſcurrido, en la concluſion cierta, de que el termino ſe toma, de el que apela, ò ſuplica, y no de la otra parte; de calidad, que ſi el que apela, ò ſuplica, es *ſimpliciter*, y no *quatenus contra*, la inſtancia queda abierta, aprovechandole à la otra parte, aunque no huvieſſe adheſion; la que ſi en algun caſo ſe admite, es, quando la apelacion, ò ſuplica es limitada, à cuyo ſentido vienen todas las doctrinas, que ſe han traido; no ſiendo de el caſo, lo que deſde el *num. 150.* quiere diſputar,

ſo-

ſobre ſi el referido auto contuvo diferentes capitulos; porque eſto fuera bueno, ſi el Eſtado huviera pedido reformacion de los perjudiciales, y confirmacion de los favorables; y aun en eſte caſo avia adheſion, por lo circunſtanciado de el pedimento de el anteceſſor de el Marquès, *& ſatis comprobatum manet.*

RESPVESTA

A EL PVNTO SEGVNDO, SOBRE LA AVTORIDAD DEL SEñOR SALGADO, y otras coſas, que ſe dize, averſe omitido por el Marquès.

114. LLegò el Eſtado à notar el lugar de el ſeñor Salgado, que por el Marquès ſe citò al *num.* 108. de ſu primero eſcrito, y es en la 2. *part. de ſupplicat. cap.* 31. *à n.* 99. *ad* 102. diziendoſe confiadamente, ſer bien ageno de el aſſumpto preſente; no eſcuſandoſe por el Marquès dezir con la miſma confianza, ſer bien ageno, divida, y forme ſegundo punto el Eſtado para ſolo eſte lugar, quando todos los que trae para ſu comprobacion, mas le dañan, que le aprovechan, *vt ex infra dicendis apparebit.*

115. Conſiſte, el que llama el Eſtado fundamento, en la ſutil metaphyſica de confundir los terminos, que ay, entre ſer la apelacion, ò ſuplicacion abſoluta, ò limitada, la que el Eſtado formò; y no parandoſe, en aver hecho punto dividido, ſobre probar que fue limitada, ſiendo cierto, no averſe hecho, por conocer fue abſoluta, y de donde dimanò el derecho al Mayorazgo de el Marquès, por el beneficio de el todo de la inſtancia; no aviendolo executado; entra la ſolucion, y reſpueſta clara à los fundamentos, que ſe opone, deſde el *num.* 155.

116. Dize, que Fontanela en la *Deciſ.* 412. que porque al *num.* 12. llevò, que la clauſula, *Pido juſticia*, es tan favorable, que incluye todo, lo que la parte debiò pedir, y que eſto le aprovechaba al Marquès; lo procura refutar, con que ſi Aguſtin Barboſſa, exponiendo eſta clauſula, *Pido juſticia,*

ticia, fue de esta opinion; el mismo Barbossa en el *Voto* 31. *n.* 9. dixo no tener tal efecto, ni extension, quando en orden a el agravio, de que se pretende la reformacion, nada se alegò en los pedimentos, ibi: *Illa clausula non extendit vires suas vltra explicata in libello, nec comprehendit modos non narratos.*

117. Y à la verdad, si el Estado con ella la huviera dicho, no omitiera las antecedentes palabras, que aprovechan al Marquès, que para que se vean, es conveniente ponerlas à la letra, ibi: *Non obstat, quod in petitionibus dicti Francisci reperiatur clausula, Peto iustitiam, cum alijs salutaribus; quarum vigore videtur peti pronunciari super articulo; quia respondetur, quod licèt ex vi illius clausulæ, Peto iustitiam, videatur actio alias inepta bene intentari; hoc tamen intelligitur, quando ex facti narratione illa actio colligi posit.* Y en los autos se pidieron redditos, y por la sentencia de graduacion se mandaron pagar; y por otra executoria se aprobaron los devengados à favor de el Mayorazgo de el Marquès, hasta el año de 652. por los quales, y por el principal pidiò pago, excutiendo los bienes libres, y en su defecto los vinculados. Y si de esto se colige la accion, podrà componer aora el Estado, à favor de quien està el lugar de Barbossa.

118. No es necessario recurrir à el Axioma, que se trae al *num.* 156. de la ley 1. *& ibi glos. ff. vt quæ desunt Advocatis, suppleat Iudex*; pues en el concepto de aver sido la suplica de el Estado *simpliciter*, aunque el antecessor de el Marquès no se huviesse arrimado à ella, le aprovechaba, para que por los meritos, que resultan de los autos, se supla, y enmiende, en lo que le es perjudicial el referido de 6. de Noviembre de 1671. A mas, de que la adhesion la ay, por el modo de aver pedido la confirmacion en lo favorable; *vt probatum manet.*

119. Empeñase demasiado en limitar el lugar de Luca *de Iudicijs Discurs.* 37. siendo quien mas confirma la pretension de el Marquès; pues aun en terminos de que su antecessor expressa, y llanamente huviera pedido confirmacion de dicho auto, avia meritos, para que la execucion se mandasse despachar por los redditos; y respecto, de que el Estado puso mal colocadas las palabras de Luca, leidas todas juntas, se

ſe conocerà lo violento que ſe traxeron, y lo ageno del penſamiento, que ſe quiſo comprobar con ellas.

120. Dize, pues, Luca *num. 71.* ibi: *Et quamvis DD. pro conſuetis legalibus ſubtilitatibus, vel ſuperſtitionibus id reſtringere ſoleant, quatenus nempe adhæſio infra tempus ad appellandum facta ſit, vt ita ſpeciem appellationis redoleat; AC ETIAM QVATENVS APPELLATIO SIMPLICITER INTERPOSITA ESSET; SECVS AVTEM SI IN PARTE, ET PARTIBVS ODIOSIS, ACCEPTANDO PARTES FAVORABILES; attamen Curia Romana non de facili immoratur in his rigoribus, ſed commendabiliter, ac veritatis ſubſtantiam attendit; ideoque vbi de iuſtitia videatur, quod ſuppletioni locus eſſe debeat, tunc rectè Iudex appellationis id faciet.* Eſto es lo que dize Luca, y eſto lo que dixo antes Pedro Surdo *Deciſ.* 143. *per tot.* y lo que con Eſcacia, y otros dixo deſpues Pegas *Reſolut. forenſ. cap.* 13. *per tot.* & præcipuè *num.* 2.

121. Pero aun ſe adelanta mas el Marquès, diziendo, que aunque porque dicho auto pudiera tener, ò tenga capitulos ſeparados, y la ſuplica de el Eſtado huvieſſe ſido limitada, *vel quatenus contra*, y el Marquès, ò ſu anteceſſor no ſe huvieſſen en tiempo arrimado à la ſuplica; le aprovechaba la inſtancia, para que ſe ſupla dicho auto, en lo que es perjudicial, reſpecto de que la mente de el ſeñor Salgado, citado por el Eſtado, *de Reg.* 3. *part. cap.* 15. en orden, à que aviendo capitulos diverſos en la ſentencia, y que apelandoſe de vnos, no ſe debuelve la inſtancia para con los demàs, de que no ſe apelò, ni ſuplicò; và hablando en los terminos, de que los capitulos ſean ſeparados, ſin que tengan connexion los vnos con los otros: con que teniendola, como de hecho la tienen, aunque la apelacion, ò ſuplica ſea limitada, ſe debuelve el todo de la inſtancia à favor de el apelado, ò ſuplicado.

122. Y quales ſe diràn articulos connexos? Ya lo dixo con la ley *Iulianus ff. de condit. & demonſtrat.* Antonino Amato *part.* 1. *reſol.* 10. *n.* 19. que es: *Quando vnum caput eſt propter alìud; & quando eadem cauſa defenſionis omnium exiſtit*; con los demàs caſos que trae, y tambien los Autores, que cita Pegas *dict. cap.* 13. y abundantemente D. Salgad. *de Reg.* 4.

part.

part. cap. 9. en terminos de executor, si excede, procediendo à la restitucion de frutos en la execucion de la sentencia; que condenò al principal, y estando tan dependentes los redditos de el principal, que tocan al Mayorazgo, que *imò potiùs*, con èl son vna misma cosa, y los que se deben *iure actionis*, no tanto por la disposicion de Derecho, quanto por las dos executorias de V. S. la vna de graduacion, y la otra, en que sè liquidaron los vencidos, hasta el año de 52. no puede dezirse, que estos de el principal son separados, sino vna misma cosa; para que por todos medios la instancia aproveche, aun en los precisos terminos, de que la suplica de el Estado huviesse sido limitada.

123. Ad cautelam, por el Marquès se diò pedimento aora, arrimandose à la apelacion, no porque fuesse necessario, sino porque no faltasse este requisito; teniendo presente, que si esto se tiene por defecto en el Marquès antecessor, y en su Procurador, no se echasse menos esta circunstancia; que aun por esto, por pretermision se dixo al *num.* 108. de el primero escrito. Y el Estado, aun conociendo la fuerza, que le hazen las opiniones de el señor Molina *de Primog. lib. 4. cap. 8. n. 8. & 9.* y la de el señor Castillo *Controv. tom. 6. cap. 157. n. 38.* quiere sin embargo limitarlas; lo cierto es, no puede negar, que con los fundamentos de Derecho, que al Marquès assisten, por su Mayorazgo, para que los redditos se le deban, en caso de que se tuviesse, que se niega, por defecto el no averse suplicado, nunca pudiera negarse el *minus plenè defendit causam* de su antecessor *ad text. in leg. servus plurimum §. siquis ante ff. de legat. 1.* con los lugares comunes de este punto; no siendo necessario, aun en estos terminos, llegar à culpar al Marquès antecessor, pues ni lo necessita, ni lo acostumbra el actual, quando le bastaba, que el Procurador no era dueño para dexar de apelar, ni la colucion es preciso sèa con meritos para lo criminal, siendo suficiente, que de los de los autos se conozca la justicia, en fuerza de la qual debiò vsarse de la defensa, la que por omissa se pierda.

RES-

RESPVESTA
A EL TERCERO PVNTO,
SOBRE QVE LA EXECVTORIA DE GRADVACION, ni la de aprobacion de la liquidacion de los redditos son exequibles con otros fundamentos, que se prometen traer.

124. PAra probar el Estado, que la executoria de graduacion, en que al Mayorazgo del Marquès se le mandaron pagar los redditos, y la de aprobacion, no son exequibles; procede con tal confusion (y se manifiesta desde el *num.* 172.) cumulando tantas autoridades, que con menos avia bastante, pues todo viene à parar, en querer interpretar la mente de V. S. y culpar de poco advertido à el Abogado de el Marquès, à quien dize, *le debiò hazer fuerza, que por lo mismo, que en el referido auto de 6. de Noviembre se denegaron los redditos, sin preceder contradiccion de el Estado, se debia detener en averiguar el fundamento de la denegacion.* Ya el Abogado de el Marquès, que mas se precia de venerar ciegamente las resoluciones de V. S. que averiguar los dictamenes, y motivos interiores de Tribunal tan superior, se le debe dàr muy poco de semejante exageracion. Y supuesto que los tres Abogados de el Estado se prefieren en el *num.* 175. de su Manifiesto à descubrir el fundamento, veamos si en lo que dizen, lo llevan.

125. Despues de vna larga laudatoria à los Abogados, que defendieron à el antecessor de el Marquès (aviendolos notado antes de poco practicos, quando respondieron al pedimento de la suplica de el Estado, y pidieron confirmacion de el auto en lo favorable) se descubre, que por no estàr pedidos por dicho antecessor de el Marquès actual los redditos, ni justificado, ser legitimamente debidos, no debiò aver executoria; y para esto todas las doctrinas, que se traen, se omiten por no de el caso; pues la mejor es, la que ofrece el Memorial de el pleyto, à mas de lo que sobre este punto està dicho en el primero Articulo.

126. Hallase en el Memorial al *num.* 16. desde la buelta de el fol. 14. al 15. puesta la demanda por la Duquesa por el todo de su dote con sus redditos, è interesses, desde 29. *de Marzo de* 637. en que muriò el Duque, su marido; y reformandolo en algunas partidas *num.* 32. respondiendo el Estado, al fin de el *num.* 33. fol. 35. dixo: *Y en quanto à los redditos de la dote retardada, no se deben pagar; y la especial razon es, porque no aviendo suerte principal, no puede aver redditos, que es lo accessorio.* Cayendo despues la executoria de graduacion.

127. Segun cuyo contexto; siendo, lo que la Duquesa pidiò, el todo de la dote con los redditos, è interesses; se ignora, con que fundamento se forme el discurso, de que la sentencia no fue conforme à lo pedido; sino es que se diga, que el pensamiento de el Estado và dirigido al antecessor de el Marquès, quien no pidiò estos redditos de los 50ŋ. ducados, quando saliò à el pleyto; y aunque es cierto, que quando saliò, no los pidiò, y consta al *num*, 37. de el Memorial; si la Duquesa en su tiempo, porque aun tenia hijos, y no era llegado el caso de la substitucion, los pidiò con el todo de la dote, esto es bastante, para que no se diga, no averse pedido.

128. Y quando esta satisfaccion no fuera suficiente (que lo es) pudiera el Estado satisfacerse, con que en la sentencia de vista de graduacion se le mandaron pagar al Mayorazgo de el Marquès; y aunque de ella suplicò, si sobre este punto nada dixo, *sibi imputet*, pues ya le constò, de que los redditos se mandaban pagar, cayendo la executoria, y despues la de la liquidacion de los redditos: probando esto eficazmente, averse pedido, y controvertido en el juizio este punto, que es lo que basta, por los fundamentos de el Marquès, tocados en el primero Articulo; quedando diluidos por *extra rem*, los que se traen por el Estado.

129. Fuera de que si la razon, *propter quam* (segun dize el Estado *num.* 186.) de no poderse estender la executoria à mandar pagar estos redditos, es no averse pedido, ni probadose ser legitimamente debidos; debiera hazerle fuerza aun en este concepto, que no siendo pedidos, se mandaron pagar por la executoria, no por otra razon, que por la de ser

de-

debidos; y en este caso *retorquetur argumentum* contra el Estado, quien pudiera aver suplicado; y pues no lo hizo, ni sus practicos Abogados, sin duda conociò, que pues sin pedirse, se mandaban pagar, fundamentos avia en justicia, para que se executasse. Y si el otro motivo es, no averse probado legitimamente ser debidos, el mismo defecto se le pudiera opòner à la Duquesa por la parte de su dote; y aviendosele mandado pagar, nada se dize contra esto por el Estado, aun concurriendo, como concurre, igualdad de razon entre la Duquesa, y el Mayorazgo de el Marquès.

130. Sin duda, por hazerle fuerza lo precedente, recurriò à ponderar desde el *num.* 187. lo conforme, que debe ser la sentencia *in re, in causa, & libello*; para probar, que entonces huviera esta conformidad, quando los interesses son debidos *iure actionis*; pero no quando se pueden pretender *Iudicis officio*. Y el Marquès, ni otro qualquiera ha dudado, que los interesses dotales son favorables, vna misma cosa con la dote, y que provienen por titulo oneroso, *propter interesse passum*; dicurso que se formò al *num.* 127. de el primero escrito con Pedro Surdo *de Aliment. tit.* 9. *quæst.* 31. *à n.* 63. que pudiera aver visto el Estado; siendo tan iguales con la dote, que quando esta puede pedirse; que es *soluto matrimonio*, como en nuestro caso, la misma hypoteca tacita, que compete por ella *iure actionis*, compete de el mismo modo para los interesses; y se fundò con el lugar de el señor Castillo *lib.* 8. *Controv. cap.* 36. §.5. *per tot.* & præcipuè *à n.*25. *ad* 29. y consta de el primero escrito, desde el *num.* 144. cuyo lugar de el señor Castillo es preciso bolverselo à citar al Estado, porque parece se le olvidò en el septimo punto de su respuesta.

131. Dize mas al *num.* 189. que la clausula, *Pido justicia*, no puede comprehender el punto de interesses; queriendolo limitar, con los Autores que cita, à las causas criminales; sin advertir, que Hermosilla, à quien cita *in leg.*28. *tit.* 5. *p.* 5. *glos.* 2. habla en causas civiles, pues dize, que los interesses en todo contracto de buena fee, como lo es este, se pueden pedir *iure actionis*, haziendose cargo de la salutifera clausula de *Pido justicia*, entendiendola tambien en los juizios

zios

zios civiles. Y si, como concluye el Estado al *num.* 191. ya que no contenga la demanda los interesses, es necessario al menos, que se controvierta, sobre si son, ò no debidos; esto lo pudo hazer antes de la revista, y no despues, por obstarle la cosa juzgada; à mas de que nunca lo pudiera probar, por ser legitimamente debidos.

RESPVESTA
A EL PVNTO QVARTO,
SOBRE QVE POR AVERSE CEDIDO EN LAS capitulaciones matrimoniales los 50ŋ. ducados al Mayorazgo, no han podido sus posseedores pedir interesses, tanto por no aver cesion, quanto porque aunque la huviera, solo pudieran ser los de el tiempo de la viudez.

132. QVien leyere el aparato, con que se introduce el Estado en este quarto Punto, con las satyras de Laercio, y axiomas comunes, discurrirà, avia de hazer vn discurso, que no tuviesse respuesta: *Sed proh dolor!* Que se halla lo contrario, pues todas las doctrinas vàn en supuestos, no muy conformes à la realidad de el pleyto; no siendo nuestro instituto, responder à reglas generales, ni à brocardicos, ni tampoco hazer muy dilatada la respuesta; pues para lo primero falta ocio, y para lo segundo, *non canimus surdis.*

133. Introducese en el *num.* 134. con que por el Marquès *se omitiò probar la cesion, que presupuso aver hecho la Duquesa en la clausula, donde se capitulò, que muriendo sin dexar hijos, ni descendientes, huviessen de incorporarse en la casa de Castel-Rodrigo.* Y poco despues se dize, *ser preciso hazer mayor reflexion.*

134. Y el no aver el Marquès al *num.* 111. de su primero escrito probadolo con autoridades, es por ser notorio, pues nadie ha dudado, que en lo preciso de el contrato, que se celebrò por las capitulaciones matrimoniales, se le adquiriò al Mayorazgo de el Marquès vna accion directa, que es lo

lo mismo que *cesion ipso iure*; y si para esto se quisieren vèr doctrinas, se hallaràn sobradas en Antunez *de Donat. Reg.* en el señor Olea *tit. 4. in Miscellanea*, y tambien en todo lo discurrido en el primer Articulo.

135. Y supuesto que el Estado provoca al Marquès, es preciso observe vna circunstancia bien particular para el caso, y consiste, en que en el Duque Don Fernando, y el Estado en la forma, en que concurriò à el acto, la directa obligacion fue à restituir dote, segun lo capitulado con el Marquès de Castel-Rodrigo, y tambien con la Duquesa, mediante el consentimiento, que esta prestò; y aviendo salido, y dependiendo el derecho de el Mayorazgo de el Marquès de estas capitulaciones, y deducidolo en el pleyto; tiene tan precisa coherencia con el credito de la Duquesa, que aunque el Marquès, por su Mayorazgo, venga *ex iure proprio* por la donacion; sin embargo, vsa, y puede vsar de el mismo, que à la Duquesa compete.

136. Es question, que moviò Cancer *2. part. var. cap. 15. à n. 31.* donde pregunta: *Vtrùm agendo possit ius tertij in iudicium deduci?* Y resuelve, que ò el agente viene *ex iure alieno in tertij persona fundato*; y entonces no puede deducirse sin mandato: *Aut quis* (prosigue *num. 32.*) *agit ex iure proprio in tertij persona fundato, descendente tamen ex facto, & iure tertij, & tunc tale ius tertij potest in iudicium deduci ad corroborandum ius proprium in iudicio propositum*; comprobandolo con el texto *in leg. si post mortem §. fin. ff. de bonor. possess. contra tab.*

137. Con que sin embargo de venir el Marquès *iure proprio*, por la cesion *ipso iure* le aprovecha tanto el derecho, que por las capitulaciones matrimoniales se le adquiriò à la Duquesa, que es credito, con las circunstancias, y prerrogativas de dotal, pues de este dimana. Probandose dos cosas de la autoridad de Cancerio: La primera, que el que viene *iure proprio*, no necessita de cesion, ni mandato de el tercero: Y la segunda, que viniendo *iure proprio*, le aprovecha tanto el de el tercero, que *iudicatur eisdem regulis*; lo mismo que se ha practicado en el pleyto.

138. La reflexion de el Estado, conociendo, lo que por el Marquès se pudiera dezir, la và inclinando à vn su-

puesto

pueſto incierto, en orden, à que los padres de la Duqueſa fueron, los que puſieron las condiciones, y no eſta; y à ſer aſsi, no ay duda venia bien el lugar de Mareſcot. *lib. 1. var. cap. 28.* que ſolo habla de gravamen pueſto por el padre, al tiempo de dotar la hija, con el Eſtatuto de la Ciudad de Bolonia, que explica, y diferencia, que conſtituye, entre sì la dote fue *loco legitimæ*, ò no; empero nada habla en el conſentimiento de la dotada; y aun por eſto ſupone, que el Marquès confeſsò en el *num.* 140. de ſu primero eſcrito, aver ſido, no la Duqueſa, ſino ſus padres, quienes puſieron el pacto de la incorporacion, y ciertamente que ſe pudiera aver pueſto toda la clauſula entera, pues dize: *Cuyo pacto de agregacion, aunque ſe hizo entre el Duque Don Fernando, y los padres de la Duqueſa Doña Beatriz, conſintiendolo eſta, como expreſſamente lo conſintiò, el acto ſe le atribuye propriamente, y no à ſus padres*; & reliqua.

139. No puede dexarſe de notar el violento ſentido, en que ſe quieren traer las palabras de los Addentes à el ſeñor Molina, lugar de Gama, y à que añade à Fontanela en los *num.* 196. y 197. de ſu Manifieſto, queriendo, que porque los pactos fueron pueſtos por los padres de la Duqueſa, y que no fueron ſobre legitima, que el conſentimiento de eſta nada obrò. Y ciertamente, que leyendoſe eſte diſcurſo, ſe notò averſe olvidado totalmente el Eſtado, de lo que dexaba eſcrito deſde el *num.* 96. en que ſupuſo, que porque el gravamen fue pueſto à la legitima de Doña Beatriz, era nulo, y tambien ſu conſentimiento, por aver ſido emitido con miedo reverencial, y contenido leſion, con todo lo demàs que ſobre eſto ponderò, y à que ſe ha procurado reſponder deſde el *num.* 54. de eſte eſcrito. De que ſe ſaca, que el Eſtado eſtà opueſto, pues en vna parte dize, que la condicion à favor de el Marquès es nula, por aver tocado en la legitima de la Duqueſa; y aora dize, que es valida, porque no toca en la legitima; y de eſta contradictoria, à què hemos de eſtàr? V. S. le darà el aprecio, que tuviere por mas conveniente.

140. Muy confiadamente el Eſtado dize, deſde el *num.* 202. que el lugar de el ſeñor Olea *tit. 6. q. 2.* citado por el

Mar-

Marquès *à num.* 113. de ſu primero eſcrito, le es favorable, y à cuyo fin ſe haze cargo de todo ſu contexto; empero no repara en la diverſidad de queſtiones, pues el Eſtado lo cita à los *num.* 19. y 22. y el Marquès à los *num.* 35. y 37. y para que ſe conozca la diverſidad, es preciſo ſuponer, que el ſeñor Olea và hablando en dos caſos: El primero (que es el que alega el Eſtado) en lo abſoluto, de ſi al ceſſonario, con reſpecto preciſo al cedente (ſea eſte el que fuere) paſſaràn los privilegios concedidos à eſte; en que reſuelve lo miſmo, en que el Eſtado ſe detiene, y lo que no ſe niega: empero en el ſegundo caſo (que es el de el Marquès) habla, quando el ceſſonario, contemplando ſolo la accion, que ſe le adquiriò por la transfuſion de el derecho de la dote, ſi podrà pedir vſuras, eſto ſin reſpeto preciſo à la vtilidad, ò commodo de la dotada cedente; y en eſte caſo es, en el que debiera hablar el Eſtado, y entonces reconociera, ſi eſtaba à ſu favor el ſeñor Olea.

141. El motivo de la primera parte de la diſtinccion lo funda, en que los privilegios perſonales de el cedente, *abſolutè loquendo*, no paſſan al ceſſonario; *niſi ſit in commodum cedentis, aut aliquod damnum inde illi ſequatur*, porque en eſte caſo paſſan; que es lo que reſuelve à los *num.* 19. y 22. empero deſde el 33. mueve la queſtion *ſpecificè* en terminos, de ſi la viuda, cediendo la accion de ſu dote, paſſarà al ceſſonario el privilegio, y derecho, que ella tenia, para pedir à los herederos de ſu marido el intereſſe, ò vſuras de la retardada dote.

142. Y en eſte caſo es, donde trae las dos opiniones, que expuſo el Marquès en ſu primero eſcrito, las que reſuelve al *num.* 35. in hunc modum: *Conſiderandum fore exiſtimo, qua ex cauſa liceat viduæ vſuras dotis accipere, & in pactum deducere; an propter aliquem eius ſpecialem, ſivè perſonalem favorem, an verò lucri ceſſantis, vel damni emergentis, taliter vt non conſtito de lucro ceſſante, vel damno emergente, non liceat ei ſimiles vſuras exigere*; y diziendo, que aunque conſientan todos, en que no de otra forma ſon permitidas las vſuras dotales, que en el caſo, de que por la mora perdiò algun lucro, ò ſe le ſiguiò algun daño, reſuelve diziendo: *Tamen id indulgeri viduis invenio, vt non probato intereſſe, vel damno, licitè dotis retardatæ vſu-*

ras

ras exigant, propter frequentes redditum annuorum venditiones.

143. De calidad, que contempla dos casos: El primero, especial personal favor en la muger: Y el segundo, la razon de el lucro cessante, ò damno emergente; y de ambos resuelve, que el primero no passa al cessonario, sino el segundo; en tanto grado, que si en este concurre la misma qualidad que en el cedente, de forma, que por la mora se le siga daño, ò pierda lucro, puede vsar de los mismos derechos; reduciendose estos, à que *etiam non probato interesse, vel damno*, se puedan pedir las vsuras; y aun por esto en el mismo *num.* 37. que se citò por el Marquès, prosigue: *Non tamen fruetur vllo commodo speciali ratione personæ mulieris concesso*, consistiendo este (para que cita à Amato *resol.* 49. *n.* 81. & 82.) *vbi hæredes viri intra annum luctus viduam alere tenentur, ius hoc in eius hæredem, vel cessonarium non transeat*; que es, en lo que consiste el especial personal favor. Con que quien deberà pararse, no solo vn rato, sino mucho tiempo, y muy de espacio, es el Estado, à considerar la vtilidad, que ha conseguido con la opinion de el señor Olea.

RESPVESTA
A EL PVNTO QVINTO, EN QVE EXPLICA, EN LO QVE CONSISTE, y como debe practicarse el privilegio de las Viudas; para pedir redditos de dote retardada.

AL *num.* 118. de su primero escrito afirmò el Marquès, ser incontrovertible el punto de los redditos, por los fundamentos, con que antecedentemente lo tenia comprobado; y aunque esta clausula fue, la que moviò al Estado, como assi parece lo dà à entender al *num.* 233. de aver cumulado tantas, y tan continuadas doctrinas, para exornar este quinto Punto, no por esto dexa de ser incontrovertible; pues en substancia son tomadas todas de el señor Vela en la *Dissert.* 35. de el señor Larrea *Decis.* 37. y de Carlev. *de Iudic. tit.* 2. *disp.* 8. *sect.* 4. de que se hizo cargo el señor Olea *in dict. tit.* 6. *quæst.* 2. y por el Marquès no se ha dudado, que esta,

que

que ſegun practica, pudiera ſer la mas corriente, que aun por eſto ſe ha exornado tanto por el Eſtado; empero que ſea adaptable al preciſo punto de el pleyto, es lo que ſe niega, y en eſtos terminos ſe dixo ſer incontrovertible.

145. La prueba conſiſte, en que en todo, lo que por el Eſtado ſe pondera, ſe oculta totalmente la intencion, explicada con baſtante claridad por dicho ſeñor Olea, à quien ſe le vſurpan algunas palabras, que hazen mover el ſentido verdadero, y aſsi ſe hallan traſumptadas al *num.* 232. de el Manifieſto de el Eſtado. Y ſiendo, como es, preciſo deshazer eſta equivocacion (que por tal ſe toma por el Marquès) ſervirà de baſtante reſpueſta al todo, de lo que tan dilatadamente ſe pondera en eſte quinto Punto, exponer à la letra las palabras todas de el ſeñor Olea, comprehendiendo las que el Eſtado le vſurpò, y cotejandolas, ſegun ſe pondràn, y las puſo el Eſtado, con el original, para que ſe venga en evidente conocimiento, de que reſponden; y tanto mas, quanto que en contra no ſe ha regiſtrado Autor (aviendoſe viſto muchos) que las limite.

146. Dize, pues, el ſeñor Olea, aviendo movido la queſtion, que ſe tocò en el Punto quarto, y con que ſe concluyò, en eſta forma: *Et licèt conſentiant omnes, non aliter vſuras dotales eſſe permiſſas, quàm ſi ex retardatione vidua aliquod lucrum amiſiſſe, vel damnum ei emerſiſſe appareat, iuxta latè tradita per* Carleval. *de Iudicijs dict. ſect.* 4. *per tot.* Amatum *tom.* 1. *reſolut.* 49. *à n.* 84. Giurb. *ad conſuet. Meſſan.* 1. *part. cap.* 15. *gloſ.* 15. *per tot.* Capycium Latro *Deciſ.* 97. Marium Cutell. *de donat. contemp. matrim.* 2. *tom. tract.* 2. *diſcurſ.* 1. *ſpecial.* 30. *n.* 15. Hermoſill. *in leg.* 10. *gloſ.* 4. *à n.* 211. *tit.* 1. *part.* 5. D. Larrea *Deciſ.* 37. *à n.* 27. noviter, & doctè proſequitur Leotardo *de vſur. q.* 30. *à n.* 39. *Tamen id indulgeri viduis invenio, vt non probato intereſſe, vel damno, licitè dotis retardatæ vſuras exigant, propter frequentes reddituum annuorum venditiones: teſtantur de praxi* Gutierr. *de Delict. quæſt.* 91. *à n.* 31. *&* 33. Addent. ad Molin. *dict. cap.* 5. *n.* 6. multis relatis Noguerol. *allegat.* 17. *artic.* 1. *per tot.* Acoſta *de privileg. credit. regul.* 3. *limit.* 2. *n.* 46. *in fine*; *cum aliàs* (y eſto es, lo que le faltò à el Eſtado poner) *iuxta veriorem ſententiam vſuræ non iuſtificentur*

ex eo, quod frequens sit in Provincia redditum annuorum venditio; nisi in specie etiam probetur extitisse occasionem emendi bona stabilia, aut censum; simulque animum adfuisse, & destinationem implicandi pecuniam in emptionem census, vel stabilium, vt rectè tradit in terminis viduæ exigentis interesse dotis retardatæ. Carlev. *dict. sect. 4. n. 32. in fine, & sect. 6. n.* 105. Larrea *supra n. 28. omninò videndus*, D. Vela *tom. 2. dissert. 35. à n. 49. ad* 53.

147. Es tambien incontrovertible, respecto de que aviendo V. S. tenido presentes los fundamentos de el señor Olea, luego que llegò la sentencia de graduacion, le mandò pagar al Mayorazgo del Marquès, y à la Duquesa, los redditos, sin consideracion, à si se probò, ò no, el lucro cessante, ò damno emergente. En cuyos terminos, dize el Marquès, lo que al *num.* 150. de su Manifiesto dixo el Estado con la ley 14. *ff. ad leg. Corneliam de ficcar. Sic invenio senatum censuisse.*

148. Es tan corriente esta determinacion, en el supuesto de la opinion de el señor Olea, que quando necessitara de exornacion, la tenia, respecto, de que para que se causen los los interesses *lucri cessantis, vel damni emergentis*, basta la mora en el deudor, aunque no sea culpable, con que sea dificultosa la paga, cuya dificultad no le escusa de la mora, mediante la qual se debe el interesse, *ad text. in leg.* 137. §. 4. *ff. de verb. signif.* ibi: *Et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet*, que explicò latamente Leotard. *de vsur. quæst.* 84. *ex n.* 81. y en terminos de que pendiente la moratoria, no se impida el curso de las vsuras, ò interesse, son lugares copiosos los de Paulo de Castro y Salyceto, *in leg. 2. Cod. de precibus Imperat. afferend.* Mastrill. *Decis.* 16. Vrsil. ad Afflict. *Deciss.* 5. *n.* 4. & ex Feliciano de Solis, Avendaño, & alijs Leotard. *quæst.* 85. *n.* 22. con que tambien se responde à lo que se dize al *num.* 231.

RESPVESTA
A EL PVNTO SEXTO,
SOBRE QVE NO SON FRVCTVOSOS LOS 50ꝟ. ducados, ni que por la retardacion de paga ſe han debido intereſſes.

149. COnſequente va eſta reſpueſta, à la que ſe le diò al Eſtado en el precedente punto, pues aviendo procurado alli probar la neceſsidad que huvo de juſtificarſe el lucro ceſſante, ò damno emergente en la Duqueſa, y en el Marquès, como ſu ceſſonario; ſi las doctrinas con que lo exornò, y eſpecialmente la de el ſeñor Olea, eſtuvieran à ſu favor, y no huviera, como ay, la executoria de V. S. de que ninguna mencion ſe haze en todos los diſcurſos; no ſe detuviera el Marquès en confeſſar, lo que en eſte ſexto punto ſe dize por el Eſtado.

150. Pero como quiera que ſe ha demonſtrado, que ni la Viuda, ni el Mayorazgo de el Marquès, como ſu ceſſonario, tuvieſſen obligacion de probar el intereſſe, no ſon de el caſo las reglas generales, que tan dilatadamente ſe traen, ſobre lo licito, ò ilicito de las vſuras, y caſos en que juſtamente deben practicarſe; pues todo eſto ſe omite con razon, y no lo fuera, ſi el Marquès ſe parara à reſponder dilatandoſe mas de lo juſto, pues el mucho explicar queſtiones, y traer de autoridades, quando no ſe atribuya à otra coſa, ſuele ſervir de mas confuſion, aunque el Eſtado dize, es para mayor claridad, à fin de ſyndicar la brevedad baſtantemente clara de el Manifieſto de el Marquès, y mucho mas quando eſto no conduce para el punto principal ſobre que ſe litiga; que ſi ſe reduxera lo dilatado que ſe ha eſcrito en eſtos puntos, à hazerſe cargo de la executoria de V. S. y ſin embargo probar el lugar que debian tener las pretenſiones, aun pudiera ſer mas tolerable.

151. Con que quedando firmes, en que el dinero, ò los 50ꝟ. ducados ſe deſtinaron para el Mayorazgo, que en eſto no ſe duda, como ni que conſtantemente ſe han pedido, apre-

apreciandose esta pretension, y defiriendose favorablemente à ella por V. S. por contemplar tener precisa dependencia con la dote, y que la obligacion de el Duque Don Fernando, y tambien la de el Estado, fue à restituir dote; siendo la cession de la Duquesa, por las capitulaciones matrimoniales, *abdicativa*, *y translativa*, haziendose por la executoria de V. S. *consignativa*, *y destinativa*; viene à favor de el Marquès todo lo discurrido antecedentemente con los lugares de Cancerio, y el señor Olea, para que los interesses por estos titulos, como tan justificados, se le deban.

152. Y aun el Estado no dexa de confessar al *num.* 235. la vnion, que el Marquès por su Mayorazgo ha tenido con la Duquesa, por lo respectivo al credito dotal; pues aunque dize, que la alegacion de el Marquès no contiene la claridad, que el Estado desea, importa muy poco, que para el Estado no sea clara, quando el Marquès la tiene por tal, y en la misma conformidad la ha dado à entender; pues nunca se han confundido los terminos, respecto de que contemplando su credito por los 50ŋ. ducados, ha assegurado, que desde las capitulaciones matrimoniales se le adquiriò vn derecho firme, è irrevocable, y vna accion directa, que equivale à la *cession ipso iure*, y en esto procede independente para pedir *iure proprio*; y al deducir esta accion en juizio, procede dependente, por la coherencia con la dote, à vnirse con la obligacion de el Duque, y tambien con la de el Estado, à favor de la Duquesa, vt cum Cancerio dicebamus supra *num.* 136.

153. Y siendo la deducida por los 50ŋ. ducados, inclusos los 10ŋ. de las arras, en fuerza de la destinacion, que puso la executoria; es mas que coherencia, pues viene ya con vn derecho proprio, controvertido en el juizio principal de graduacion, en cuyo sentido se traxeron por el Marquès las doctrinas en su primero escrito, que por no responderlas el Estado, se dà por desentendido, atribuyendo à obscuridad, lo que aun con la latitud de su Manifiesto no quiere, ni puede aclarar.

RES-

RESPVESTA
A EL PVNTO SEPTIMO, SOBRE QVE LA FIANZA DE EL ESTADO NO SE extendiò à vſuras algunas.

154. PErſuadido eſtuvo el Marquès, deſde que ſupo, que el Eſtado reſpondia à ſu eſcrito, alegara mucho en los terminos de el Punto preſente, y lo acabò de confirmar, quando leyendo ſu Manifieſto, llegò à los *num.* 29. y 30. donde hallò, que comenzando à tocar la inteligencia, que quiere dàrle à la facultad Real, ſe reſervò para explicar mas eſte Punto en ſu lugar proprio, ſegun lo avia ofrecido al *num.* 4. con el adagio de la purpura, bolviendoſe à hazer cargo de eſto miſmo al *num.* 70. pero llegando al 260. quedò fuſtrada toda eſta eſperanza; pues ſe lee: *Eſtà de mas la queſtion, de ſi ſe extendiò, ò no à los redditos la facultad Real, y obligacion, que en ſu virtud ſe hizo.* Y ſi eſtà de mas; para què fue comenzar à proponer la queſtion, y reſervar el reſponderla para deſpues? Seria acaſo, porque conoceria el impoſsible, à viſta de la executoria de graduacion de V.S. la que era preciſo le puſieſſe ſilencio? Bien puede ſer; empero ſin ſalir de el miſmo *num.* 260. ya dà la razon, que es remitirſe à la *Deciſ.* 37. de el ſeñor Larrea, en eſta forma: *Quien aviendola reſuelto à favor de el Eſtado con tantos, y tan ſolidos fundamentos, nada ſe podia ya adelantar en ella.* Con que fue proponer, para no reſponder, y confeſſar, que no ſe podia adelantar.

155. Pero ſin embargo, es tan de la obligacion de el Marquès bolver à inſiſtir ſobre lo miſmo, que ſi en todos los puntos de el pleyto le parece tiene juſticia; en eſte es mucho mayor el dictamen que ha hecho, no tanto por la executoria, que es lo mas, quanto por los fundamentos de Derecho, no ſolo los expreſſados en ſu primero eſcrito, ſino por los que reſervò para expreſſar en eſte.

156. Lo que el Eſtado dize en el referido *num.* 260. es: *Que quando por aver de reſponder à la parte de el Marquès, que toca*

esta question desde el num. 119. *se necessitasse tratarla, segun se protestò num.* 29. *de este Informe, bastaria, reproduciendo lo alli dicho, y en el num.*70. *remitirse al señor Larrea.* Y què es, lo que se dize en los dichos *num.* 29. y 70? A la verdad, nada de substancia; pues todo se reduce, à que las facultades Reales son de estrechissima naturaleza, y que no se pueden extender de *de persona ad personam, de casu ad casum, nec de re ad rem*, citando para esto à el señor Larrea *dict. Decis.* 37. D. Molin. *de Primogen. lib.* 4. *cap.* 5. *per tot.* maximè *ex n.* 10. Mierez *de Maiorat.* 4. *part. quæst.* 11. *à n.* 23. *cap. fin. de simon.* D. Salgad. 2. *part. Labyr. cap.* 4. *ex n.* 12. *&* 14. *cum multis seqq.* y se pudieran añadir muchos mas, y aun al señor Salgado en la missma 2. *part. cap.* 10. *ex n.* 68. *& cap.* 11. *ex n.* 10. y tambien la ley *in pignore* 55. *leg. si fideiussores* 69. *ff. de fideiuss.* Merlin. *lib.* 4. *tit.* 5. *quæst.* 147.

157. Y si sin embargo de lo dicho en el primero escrito, y de lo estrecho, que se quiere sean las facultades Reales, hallamos que pueden tener extension; què se podrà dezir? Lo que dizen los textos; siendo el primero la ley *si constante* 19. *§. idem licere Cod. de donat. ante nupt. leg. etiam Cod. de iure dotium*, ibi: *Etiam si non dotem reddi sibi mater, sed ea quæ in dotem data sunt, vt eam sequerentur, vel ad se pertinerent, durante matrimonio, filia decedente actionem ex stipulatu videri quæsitam, æquissimum esse iudicamus: cui consequens est, vt etiam id, quod additamenti causa in dotem datum est, eadem actione repetatur*; en que es particular la glossa verb. *additamenti.*

158. Mejor texto es la ley *inter* 26. *§. cum inter ff. de pact. dot.* ibi: *Cum inter patrem puellæ, & generum convenit, vt in matrimonio sine liberis defuncta filia, dos patri restituatur; id actum inter contrahentes intelligi debet, vt liberis superstitibus filia defuncta dos retineatur, nec separabitur portio dotis additamenti causa data*; tambien es expresso *in leg. quoties* 10. *§. constat autem ff. de administrat. tut. leg. quidquid adstringendæ ff. de V. O.* donde se dispone, que en contractos *stricti iuris* se estiende la obligacion à el aumento de la cosa principal, de calidad, que todos los pactos, y condiciones puestos en el contracto principal, se entienden tacitamente repetidos en el aumento, aunque no aya pacto expresso; y es la razon, porque tacitamente,

te, por la interpretacion de la ley, se deduce la voluntad, y consentimiento de los contrayentes; lo que en terminos de pacto *de lucranda dote*, y otros semejantes, afirman Mierez *de Mayor. 1. part. quæst. 10. n. 30. & 31.* & cum multis D. Larrea *allegat. 89. per tot.*

259. Siendo esto en tanto grado cierto, que aunque sea la facultad Real para hypotecar bienes de Mayorazgo, y que esta, como estrecha, no deba ampliarse, sin embargo, en estos terminos se entienden, y llevan las autoridades, que vàn citadas; y para que no falte requisito, aun en el caso de fianza, y que esta sea tambien *stricti iuris*, extendiendose à el aumento, que despues sobrevino, esto por vn derecho de acrescer; se prueba *ex leg. fin. ff. quor. legator.* con las demàs autoridades, que recopilò Mierez *dict. 1. part. q. 10. à n. 25.* practicandose tambien en los terminos de la ley *si convenerit 18. ff. de pignorat. action. leg. si fundus 16. ff. de pignor. & leg. 4. ff. de iure dot.* ibi: *Si proprietati nudæ in dotem datæ, vsusfructus accesserit, incrementum videtur dotis, non alia dos, quemadmodum si quid alluvioni accesserit.*

160. Pero porque no se nos oponga, que vna cosa es el aumento, y otra el punto de reddítos, en que puede considerarse diferente razon, y que las doctrinas prealegadas se deben entender, quando de el aumento *cogitatum fuit*, pues de otra forma la hypoteca nunca pudiera comprehenderlo, por tenerse por materia separada; darà la prueba de todo, y comprobarà plenamente el assumpto de el Marquès la obra posthuma de el señor Salgado *4. part. Labyr. cap. 2.* donde dificulta, si la facultad Real, impetrada para obligar bienes de Mayorazgo, y con efecto obligados, se extienda à los demàs bienes, que despues se le agregaron; de calidad, que los acreedores, à cuyo favor fue la hypoteca, en virtud de ella, y *per viam extensionis, vel comprehensionis* puedan convenir tambien à los bienes agregados. Question tan propria de nuestro assumpto, que aunque resuelta negativamente por el señor Salgado, es quien mas lo confirma.

161. Discurre largamente por el dilatado espacio de 117. numeros; y trayendo desde el principio, hasta el 25. los fundamentos para la extension en terminos generales, lle-

llega à distinguir casos, dividiendo, desde el *num.* 26. quatro Conclusiones: La primera, que la hypoteca contraida con facultad Real, para obligar la alhaja principal, se extiende à el aumento proveniente *à natura rei*, como es *per alluvionem, per consolidationem vsusfructus cum proprietate*; *vel vtilis dominij cum directo*; lo que exorna hasta el *num.* 48.

162. La segunda Conclusion se reduce, à que el aumento de la alhaja hypotecada, que proviene *ex facto hominis inseparabiliter ab ipsa re*, cede en vtilidad de el acreedor, comprehendiendo la hypoteca à el aumento coherente, è inseparable; lo que exorna desde el *num.* 49. al 54. Y la tercera Conclusion consiste, en que el aumento de la alhaja principal *deducta in contractu*, que trae origen de los mismos contrayentes, se sujeta à las mismas qualidades, è hypotecas; siendo lo contrario en la quarta Conclusion, en que el aumento de los bienes al Mayorazgo antiguo, *tanquam quid separatum*, no estàn obligados, ni à ellos se estiende la hypoteca; en cuya opinion queda.

163. De cuyo lugar se prueba, que si el señor Salgado, en el que se cita por el Estado, dize no extenderse la facultad; el mismo dize, extenderse en las tres primeras Conclusiones, y en terminos de aumento, que aun es mas que los redditos, pues estos son *quid accessorium* con la dote, y el aumento puede considerarse *quid separatum*; empero como en ninguno de los casos de las tres Conclusiones lo sean, sino conjuntos, ò coherentes; por esta razon la hypoteca contraida en virtud de facultad Real, se extiende à dicho aumento, *& imò potiùs* à los redditos.

164. Son de el caso para este punto las palabras de Neguzancio *de Pignorib.* 1.*memb.* 5.*part. princip.n.* 17. que trasumpta el señor Salgado *loc. cit. n.* 60. ibi: *Et sic diversa est ratio in augmento dotis, quam sit in alimentis: & augmentum non venit per modum accessorij, ad æque principaliter ad dotem, sicut veniunt alimenta*; y si los alimentos, y los redditos son accessorios de la dote, y compete la misma hypoteca que por ella, pudiendose esta pedir, como en este caso se ha pedido, y puede, *& nostris primis curis fundavimus à n.* 142. con el señor Castill. *lib.* 8. *Controv. cap.* 36. §. 5. *n.* 29. no ay que dudar, en que

por

por mas estrecha que se quiera contemplar, la facultad Real que al Duque Don Fernando se le concediò, para hypotecar los frutos, y rentas de el Estado, estos estèn obligados à pagar los redditos por la retardacion de la dote.

165. Con esta comprobacion se halla, que si el Estado no tiene otro assylo, que la autoridad de el señor Larrea, la que quiere contrapesar, y que aun exceda à las autoridades, que se traxeron por el Marquès; pudiera pararse vn poco, y advertir, que aunque la autoridad de el señor Larrea es tan grande, no es menos la de el señor Castillo, que aun por esto no se atreviò à nombrarlo, ni aun se halla citado en este vltimo punto; y juntandose la autoridad del señor Salgad. *loc. prox. cit.* cessò la ponderacion de el Estado: sirviendo de ningun embarazo, la impugnacion que se le haze à Noguerol, pues que no traxesse esta question por la principal de la Alegacion sobre que escriviò, es muy vana consideracion, para que no hable en el punto, y testifique de las decisiones de el Real, y Supremo Cònsejo de Castilla; ni tampoco al lugar de Surdo, pues quando el señor Larrea lo huviera respondido, no dexaba de hablar tambien à favor de el Marquès. Y al fundamento de el señor Larrea *num.* 16. de la dicha *Deciss.* 37. que es en lo que se funda el Estado, poniendo sus palabras à la letra, bastantemente se responde con el señor Salgado *vbi prox.* y diferencia que ay, entre aumento à la dote, ò accessorio de la dote; y de esto no se hizo cargo el señor Larrea.

166. Y para què esto se vea mas claro, son muy de el caso dos lugares de Marinis; el primero *var. resolut. lib.* 1. *cap.* 76. *n.* 8. *&* 9. ibi: *Quando contrahentes nihil de interesse alloquti fuere, sed tantummodò facta proponitur venditio annuorum introituum, vel certa pecuniarum quantitas mutuo data, certaque die restitui promissa, nunc cum dubitatum esset, an existente debitore moroso, possit esse super feudo obligato creditori consultum, non solùm pro sorte, sed etiam pro interesse; nihilominus assensus præstitus ad obligationem, hunc etiam casum comprehendit.* El segundo lugar aun es mas en terminos, *lib.* 2. *var. cap.* 166. *n.* 26. & præcipuè *n.* 34. ibi: *Adeo hæc vera, vt assensus, sive hominis, sive legis, sive capituli, dotalis præstitus contractui, etsi regulari-*

R

ter

ter stricti iuris, vi tamem comprehensiva, interesse quoque amplectatur, etsi non expressè in contractu deductum, intrinsecè tamen iuris intellectu, atque ex natura contractus proveniens, tanquam vnum, & idem cum sorte; probando esta identidad de la dote con los interesses *ex text. in leg. cuicumque §. pen. ff. de instit. act.*

167. Empeñado el Estado en aver de responder, no hallò de donde hazerlo, sino de el *num.* 133. de el primero escrito, en que porque al Marquès le pareciò dividir las fianzas en tres casos; el primero, quando fue hecha en expressa, y determinada causa; el segundo, quando fue *in omnem eventum*; y el tercero *in dubio.* Repara el Estado (y no se sabe si reparò bien) en el *num.* 265. de su Manifiesto, en que pudo el Marquès aver escusado recurrir à la *Decis.*212. de Surd. para la division que hizo, pues ninguno de los tres casos habla en el de la fianza de el Estado, que esta fue reducida à cantidad expressa, que es caso muy distincto; queriendo con esto fundar diversidad tal, que se le tenga por desobligado.

168. Y si en algo tiene razon, es en aver culpado no se huviera tambien traido este caso, pues es cierto, no fue descuydo, sino especial cuydado, aguardando esta ocasion, à fin de manifestarle, que la fianza de el Estado, aunque fue à los 40ꝰ. ducados, resto de la dote, y à los 10ꝰ. de las arras; no se entiende por esto ser en cantidad cierta, y determinada, de calidad que le releve; pues para esto era necessario, que sobre la cantidad cierta, y determinada se pusiesse la *taxativa*, ò *restrictiva*, de que no se obligaba à mas, cuya clausula falta en la fianza, que el Estado hizo; y à entenderse lo contrario, muy pocas fueran las fianzas, en que no se fuesse à cierta, y determinada cantidad, *prout quotidie experimur* en los contractos, donde ay cierta suma, à que se obligan fiadores. Y para que el Estado reconozca lo verdadero de esta inteligencia, oyga lo que dizen los Autores.

169. Merlino *de Pignor. lib.* 3. *tit.* 2. *quæst.* 51. *à n.* 71. habla en terminos de fiador dado *sub vsuris*, y explicando la diferencia, que ay entre contracto *stricti iuris*, al de la dote, que es *bonæ fidei*, dize al *num.* 73. *Et in hoc casu:* (habla de el fiador de dote) *interpositio fideiussoris pro sorte, idcircò locum obtinebit, etiam pro vsuris*; y al *num.* 74. y vltimo, dize: *Videndus*

dus est etiam Maurus de fideiuss. sect. 5. cap. 1. n. 4. vbi scribit veriorem opinionem, fideiussorem pro sorte, teneri etiam pro vsuris, nisi ad sortem TANTVM se restrinxerit.

170. Manuel Alvarez Pegas en los Comentarios *ad Ordinat. Reg. Portug. tom. 2. §. 40. cap. vnic. per tot.* & præcipuè *à num. 2.* habla de el fiador de la dote, y si estarà obligado à las vsuras, distinguiendo al *num.* 12. tres casos; el primero, si se obligò *in omnem causam*; el segundo, si *simpliciter*; y el tercero, *si pro certa summa, aut quantitate.* Y resolviendo *absolutè* en el primero, quedar obligado, y tambien en el segundo, como la fianza sea en contracto de buena fe, *qualis est dos*, y no *stricti iuris*; llega al *num.* 17. y dize: *In tertio tandem casu de fideiubente in certa summa, vel quantitate, tunc fideiussor non tenetur ad accessiones, & vsuras in contractu bonæ fidei, cum vel expressum sit, ne ad eas teneatur, vel si taxativè ita se obliget, vt appareat, se non obligare, nisi ad illam partem sortis*; & infra ibi: *Et ita Doctores loquentes in fideiussore certæ quantitatis, semper addunt verba taxativa*; citando à otros muchos.

171. Confirma, y comprueba totalmente lo discurrido, para respuesta de este septimo Punto, la autoridad de el Cardenal de Luca *de Regalibus Discurs.* 10. el que lo escriviò, no como Abogado, sino como consultado, para que diera su dictamen *in sensu veritatis*, haziendolo tan de propo sito, que si el señor Larrea *in d. Decis.* 37. (vnica defensa de el Estado) no se hizo cargo de el señor Castillo *lib.* 8. *Controv. cap.* 36. §. 5. que se citò por el Marquès en su primero escrito, ni tampoco el señor Castillo hizo mencion de el señor Larrea; de los fundamentos de ambos, y en los terminos de facultad, para obligar bienes vinculados à restitucion de dote, si se extienda à las vsuras; toca la question, llevandola afirmativa, que haze à favor de el Marquès, dando inteligencia à la opinion de el señor Larrea, y siguiendo la de el señor Castillo: con que se destruye totalmente la ponderacion de el Estado, en orden à que con la opinion de dicho señor Larrea *nada se puede adelantar*; llegando, en su lugar, el caso, de que el Marquès en este Punto se valga de el adagio comun *de purpura iuxta purpuram*, que traxo el Estado al *num.* 4. de su Manifiesto.

La

172. La inteligencia de Luca es, que en los contractos de buena fee, y de su naturaleza fructiferos, cuyos frutos, ò vsuras no vienen *accidentaliter*, para que puedan pedirse *ex solo officio iudicis*, como acontece en los contractos *stricti iuris*, sino que vienen (vt verbis ipsius vtar *num.* 4.) *Ne dum ex intrinseca natura contractus; seu crediti qualitate, sed etiam ex implicita, vel explicita partium stipulatione, ita vt creditum fructuum non sit accidentale, neque omninò diversum, & separatum ab altero sortis, vt est in primo casu, sed sit vnum, & idem cum sorte, tanquam intrinsecus, & naturalis effectus eiusdem contractus*; no tiene reparo, en que el assenso, ò facultad Real; para obligar bienes vinculados, se extiende *per viam comprehensionis* à estos redditos: con cuya distinccion no dexa la menor duda en la materia; siguiendo la opinion de el señor Castillo, porque hablò en estos terminos; y apartandose de la de el señor Larrea, porque hablò en los primeros, *scilicet*, que los interesses los considerò *tanquam quid accidentale, & diversum*.

173. Y assi en el *num.* 5. haziendose cargo de el *num.* 16. de dicha Decission (que ya ponderò el Estado, y puso sus palabras à la letra *num.* 262. de su Manifiesto) dize: *Quoniam num.* 16. *vbi Senatus determinatio refertur, proceditur cum dicta distinctione, vt scilecet in assensu non veniat illud interesse, quod ab initio conventum non est, sed est accidentale oriens tanquam novum debitum ex mora, quod his terminis convenire non poterat, dum agebatur de creditis ex causa cambiorum, vel societatum officij de sua natura fructiferis, & sub quibus fructus veniunt ex conventione ab initio, & ex natura contractus, ita vt absque dubio Princeps comedendo assensum, seu decretum, de illis cogitare non potuerit, ac debuerit, vnde cessat illud præcipuum contrariæ sententiæ fundamentum ex cessante voluntate Principis concedentis assensum*, y lo prosigue exornando con varias comprobaciones.

174. Y al *num.* 7. concluye satis ad nostrum intentum, en esta forma, ibi: *Et quod hæc esset genuina veritas, ponderabam DD. contrariam sententiam tenentes, & vt præsertim constat apud Frecciam, & Larream, satis inniti pro corum fundamento ijs quæ in iure habentur de obligatione fideiussoris non extendenda ad vsuras, seu fructus; & nihilominus id procedit cum dicta distinctione, vsurarum scilicet accidentalium iudicis officio resultantium, non*

au-

autem venientium ex intrinseca natura contractus; & quæ ab initiò deductæ sunt explicite in conventione; vel etiam implicite.

175. Y porque no faltasse la misma comprobacion à la replica que se ha hecho, sobre que siendo la fianza por cierta expressa cantidad, ni *per viam extensionis, nec comprehensionis*, se entienden los redditos; tambien lo haze Luca en el mismo Discurso, dandolo por indubitable, y por de ningun momento semejante objeccion, ibi: *Prout nullius* (dize al *num.* 7.) *momenti ponderabam expressionem certæ summæ, tum quia huiusmodi assensus numquam indefinite concedi solent, sed semper certam summam habent expressam; tum etiam, quia vbi non accedunt verba præcisam taxationem importantia, summa expressa, dicitur stare demonstrative ad eam pecuniæ quantitatem, quæ in contractum deducitur, & pro qua contrahitur bonorum prohibitorum obligatio, sed sub ea tanquam de necessario, seu connaturali consequenti veniunt accessiones, vt dictum est, non accidentaliter, & extrinsecè, sed intrinsecè, & connaturaliter ex ratione comprehensiva, & in hoc ponderabam esse punctum inevitabile*, explicando al señor Salgado 2. *part. labyr. cap.* 4. donde dixo que la suma se juzgaba estar taxative, pues esto se entendia baxo de la predicha distincion.

176. De calidad, que con tan clara opinion, que explica la de el señor Castillo, responde la de el señor Larrea, y comprehende los terminos de facultad Real para obligar bienes vinculados à la dote, en que tambien se incluyen los redditos, vt constat *num.* 3. de dicho discurso, y se extiende la obligacion de cierta suma; no ay mas que adelantar en la comprobacion de todo lo discurrido en respuesta de lo alegado por el Estado.

177. Sed ad quid fusius: Quando el Estado mismo, pareciendole traer à su favor *num.* 266. de su Manifiesto, el lugar de Fachineo *lib.* 7. *controv. cap.* 57. quien cita à Afflictis, y à Freccia, y sin embargo de quitarle la colocasion à las palabras, segun, y como las escriviò Fachineo; comprueba lo mismo, pues la mente de este Autor està expressa, en que entonces no està obligado el fiador, quando à mas de la cierta suma ay la taxativa, ibi: *Quod facile concesserim, si adiecta certæ quantitatis taxatione, vt dictum est, consentiat; puta*

tà

ta consentio, vt pignus oppignoratum sit pro quantitate centum aureorum dumtaxat. Cæterum si consentiat simpliciter, nec ad certam summam pecuniæ consensus restringatur, aliter est respondendum.

178. Con que: Si ni en la facultad Real, ni en la obligacion, que en su virtud otorgò el Estado, no se expressò quedar desobligado à las vsuras, ni tampoco que su obligacion avia de ser no mas que à los 40ꝟ. ducados, resto de la dote, y 10ꝟ. de las arras, poniendo alguna de las taxativas; como son *tantùm*, *dumtaxat*, *solùm*, *non plùs*, & similia; se ignora lo que aya adelantado con su llamada respuesta, para que se le tenga por desobligado, quando en todos casos evidentemente lo esta, y quando las mismas doctrinas, de que se procurò valer, le son en contra, *& satis manifestè liquet.*

Et hæc sufficiant, si tanti Senatus subiecta censuræ valeant obtinere. Hispali in mense Ianuario die 2. anno 1723.

Lic. D. Juan Joseph de Padilla y Velasquez.